IESVS, MARIA, IOSEF.

POR DON PEDRO DE MENDOZA y Sandoual, como padre, y legitimo administrador de don Diego Mesia de Prado su hijo, y de doña Maria Messia de Prado su muger, vezino de Merida.

CON DON PEDRO MESSIA DE Chaues vezino de la villa del Almendralejo.

ESTE pleyto es sobre la sucession del mayorazgo q̃ fundò en Merida el año passado de 561. Pedro Messia de Prado el de la casa 3. del arbol, reuisabuelo de don Diego, de los bienes que entonces tenia propios que le auian quedado, sin los que vinculò en el primero mayorazgo, y otros que en el testamento q̃ despues otorgo, confiessa auer heredado de Diego Messia de Prado su hijo legitimo, de la casa 8. por cuyo hijo natural, y nieto suyo reconocio [illegible] Nuñez de Prado, abuelo del actor, padre legitimo de doña Maria Messia de Prado, mandando expressamente q̃ la persona que sucediesse en el mayorazgo lo criasse y alimentasse.

Esto presupuesto, y las clausulas y hecho de el pleyto, de que se dà memorial ajustado a V. m. y a estos señores, por donde consta que este mayorazgo es electiuo, y que la sucession se controuierte entre don Diego, que tiene nombramiento anterior irreuocable del vltimo posseedor, y por su persona y la de su madre es descendiente legitimo del instituidor: y don Pedro Messia, transuersal o estraño de la familia que la pretende, como hijo que el dize es legitimo de Alonso Messia, que lo fue de Diego Messia, entre hermano natural de el fundador, diuidimos esta alegacion en dos articulos.

En el primero fundaremos la justicia de don Diego Messia, su inclusion, y los llamamientos que tiene, para que precisamente deua deferirsele la sucession de este mayorazgo, y declarar que le pertenece.

En el segundo la exclusion de don Pedro Messia, no solo en cõpetencia de don Diego, mas quando litigarà cõ qualquiera otro pariente, o estraño de la familia que tuuiera nombramiento.

PRIMERO ARTICVLO.

1 ¶ Hallase en este pleyto don Diego Messia descendiente del instituydor, pariente mas cercano del vltimo posseedor, y cõ

 nom-

nombramiento anterior suyo irreuocable, hecho en virtud de la facultad que se concedio en la institucion deste mayorazgo a Gonçalo Messia en quien se fundò, o a su hijo ò nieto, ò visnieto, para nombrar persona que suceda en el: con que tiene fundada su intécion, y verificado el caso de su llamamiento para suceder al mismo instituydor como llamado por el, entrando, y subrogandose en el lugar que tuuo el vltimo posseedor que lo nombrò, l. pater 22. ff. de manumissis vindicta, ibi: *Solam enim electionem filio concessit, cæterum ipse manumissit*, l. asse toto, ff. de hæred. instit. ibi: *Tamen hæc ex testamento data videtur*, & ex l. vnum ex familia, cum pluribus resoluit Vincentius Fusarius, de fideicommissaria substitut. quæst. 224. num. 5. 8. & 11. & quęst. 511. num. 6. & 7. optimè Cephal. consl. 329 lib. 3. num. 66. & seqq. Gozadin. cons. 4. num. 17. Surdo, cons. 264. num. 8. Parisius, cons. 23 num. 130. & sequenti, lib. 1. Isernia, in cap. 2. § hoc quoquam, de successione feudi, notabil 5. vbi etiam Matthæus, Afflict. Paz, de tenut. c. 34. n. 105. & cap. 59. à num. 19. cum sequentib. Molina, de primogen. lib. 2. cap. 4. & 5. vbi resoluit habere nominatum sequuta electione, seù nominatione indiuidualem, atque specialem vocationem: Franciscus de Ponte, de potestate pro Regis, de prouisionibus fieri solitis, tit. 2. § 2. à num. 8. cum sequentib. Surd. consl. 264. num. 7. 8. & 20. Additionatores ad Molin. lib. 2. c. 4. n. 5. & 6.

2 ¶ Y mucho mas si se considera que luego que el fundador dio facultad al posseedor, vltimo descendiente de Gonçalo Messia, para que nombrasse, la dio assimismo al electo, para que con su nombramiento huuiesse el mayorazgo, y los bienes a el anexos, como si derechamente le viniessen por sucession legitima, y linea recta: quo casu elector dicitur tantum nudus constitutus minister, de cuyo hecho no se necessita mas que para verificacion del caso, y condicion, sub qua vocatus fuit electus, vt ex l. vtrum, §. 1. de reb. dubijs, Immola, Iaf in l. serui electione, ff. de legatis 1. Bart. in l. eum qui certarum, § fin. versic. *Oppono*, ff. de verb. oblig. tradit Caldas Pereyr. de nominatione emphyteotica, quæst. 10. num. 55. in fin. Beroi. vol. 2. cons. 23. num. 21. Croto, cons. 13 n. 23. Gabriel Pereyra de Castro, decis. 23. num. 9. versic. *Nudo enim tantum iure fungitur, nominans, seù eligens*.

3 ¶ Contra este nombramiento, y derecho que por el adquirio don Diego Messia, oponen lo primero, que no huuo poder para hazerlo el vltimo posseedor, si se considera que el que se le concedio en la institucion fue solamente para que por vna vez nombrasse persona que sucediesse, vt patet ex clausulę verbis ibi: *Es mi voluntad que por esta vez el dicho Gonçalo Messia, y faltando el, su hijo, o nieto que en el mayorazgo sucediere, haga el dicho nombramiento.* Y supuesto que vsando desta facultad nombro en primero lugar a doña

doña Maria de Prado, hija de Pedro Messia de Prado, y de doña Olalla de Saez, con auerla elegido, se extinguio, y no pudo surtir efecto la eleccion que hizo en doña Maria Messia de Prado, muger de don Pedro de Mendoza, y sus descendientes.

4 ¶ Respondetur tamen; que esta oposicion pareciera considerable si el nombramiento que hizo el vltimo posseedor en D. Maria de Prado, muger de don Pedro de Mendoza, y en sus hijos se huuiera hecho en ellos, para en caso que D. Maria de Prado, hija de Pedro Messia, y sus descendientes, sucediessen sobreuiuiendo al posseedor que los nõbrò, surtiẽdo efecto verdadero en ellos la eleccion, y concurriendo ambas a dos cosas juntamente: sed re vera ninguna concurrio.

5 ¶ No la primera, porque el nombramiento se hizo en D. Maria, muger de don Pedro de Mendoza y sus hijos, para en caso que los primeros nõbrados no pudiessen suceder, vt patet ibi: *E si lo que Dios no quiera ni permita, todos tres murieren sin hijos, que puedan suceder en este mayorazgo, conforme su institucion, y a este nombramiẽto, para en aquel caso nombra y señala por tal sucessor a doña Maria Messia de Prado, hija legitima e natural de Iuan Nuñez de Prado, y doña Teresa de Coto su muger, vezinos de Gibraleon: y en efeto sucedan los hijos de los susodichos, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra.*

6 ¶ No la segunda, porque doña Maria Messia primera llamada, premurio sin hijos antes que el vltimo posseedor; con que se caducò su llamamiento, y por no auer llegado el caso del, quedò firme, y primero el que hizo en doña Maria de Prado, y dõ Diego Messia su hijo, argum. text. in cap. *ndm & ego vnigenitus* 3. vbi glosa, verbo, *quasi nunquam esset*, de verbor. significat. & probatur ex decisione textus, in cap. si electio 26 de electione, lib. 6. a dõde en caso que no es licito variar en la eleccion, ni boluerla a hazer, si por alguna causa no tiene efeto, como si el electo renuncia, o premuere, o por otra justa se inualida, pueden los electores hazerla de nueuo; y vale la segunda, non obstante prima, l. 2. ff. de optione legata, ibi: *Videndum est, an consumpserit optionem, & puto nõ consumi*, l. 4. eodem tit. ibi: *Integram ei optionem manere placet*, glosa, verbo, *possumus*, in l. *serui electione* 5. ff. de leg. 1. & tenent in terminis Mier. de maioratibus, lib. 1. quæst. 48. num. 45. propè finem, Dom. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 4. num. 38. Petrus Surdus, consl. 264. num 29. Gratianus, disceptation. forens. cap. 368. nu. 13. & seqq. Peralta, in l cum pater filio, num. 4. in fin. ff. de leg. 2. Caldas Perey. de emphyteusi, part. 3. de potestate eligendi, cap. 5 à num 8. & cap. 9. per tot. & conducunt tradita à Marco Antonio Genuens. practicabilium Ecclesiasticorum, q. 85. n. 2.

7 ¶ Quòd multo magis procedere in casu, de quo agimus, dicẽdum erit, por auer requerido el fundador que la persona que

se

ſe nombraſſe huuieſſe de ſuceder con efeto, vt patet ibi: *Nombre perſona que ſuceda*, quod verbum, *ſucceda*, denota execucion y efecto, vt ex Menoch. Fulgoſ. & alijs quos refert, reſoluit Vincentius Fuſarius, de ſubſtitutionib. q. 252. n. 101.

8 ¶ Vltra, de que el relatiuo, *que*, pueſto ſin copula, limita y reſtringe el nombramiento y diſpoſicion precedente, vt probat textus in l. ea tamen adiectio, ff. de leg. 3 vbi gloſ. final. alia iura citat, *l. ſtichum qui meus erit*, ff. delegat. 1. Cephal. conſ. 636. nu. 3. Vnde no puede afirmarſe que con el nombramiento de doña Maria, primera llamada, quedaſſe extinta la facultad de elegir que el vltimo poſſeedor tuuo, para que la eleccion que hizo en don Diego Meſsia, y doña Maria de Prado ſu madre, dexe de ſer valida, antes quedando irreuocable, reſpecto de la primera nombrada, aũque eſta premurieſſe, lo quedò aſsimiſmo, reſpecto de la ſegunda y ſus deſcendientes, ex latè traditis à Mier. part. 1. quæſt. 24. per totam: maximè atendiendo a que expreſſamente ſe calificò por el inſtituydor eſte modo de nombrar, permitiendo a los poſſeedores que nombraſſen, aun en caſo que huuieſſe otras perſonas que pudieſſen ſuceder para quando faltaſſen, vt patet ex clauſulæ verbis, ibi: *Para que pueda nombrar, y nombre perſona que ſuceda en el dicho mayorazgo, y eſto pueda hazer aunque aya hijos, o nietos viuos, para quando ſucediere que no los huuiere, aunque aya otros deudos de mi generacion q̃ pudieran ſuceder en el dicho mayorazgo*: palabras que euidentemente denotan, que aun en caſo que huuieſſe perſonas que por ſus llamamientos regulares, ò electiuos pudieſſen ſuceder, ſe concedio el derecho de elegir al vltimo poſſeedor para quãdo faltaſſen.

9 ¶ Oponen lo ſegundo; que no acetò eſte nombramiento doña Maria de Prado, hija de Iuan Nuñez, y que aſsi no quedò firme, por ſer como es cierto que antes de la aceptacion ſe pueden reuocar las donaciones.

10 ¶ A que ſe reſponde, que eſta objeccion no tiene fundamento, por conſtar que Pedro Meſsia de Prado, padre y legitimo adminiſtrador de la perſona y bienes de doña Maria Meſsia ſu hija, de la caſa 20. lo acetò luego en ſu nombre, y pidio vn tanto de el para en guarda de ſu derecho, con que no ſolamẽte le aprouechò eſta aceptacion para la irreuocabilidad que pretẽdemos: verum etiam a los demas ſuceſſores que tienen nombramiento deſpues della, vt tradunt Auendañ. in l. 44. Taur. gloſ. 3. num. 28. in fin. D. Molin. lib. 4. cap. 8. num. 73. Scipio Theodorus Neapolitanus, allegation. 24. num. 3. Azeued. in l. 11. num. 19. in fin. tit. 6. lib. 5. recop. Dom. Præſes D. Ioan. Valenç. Velazq. conſ. 23. n. 12 Barboſa, in l. diuortio, in princip. 2. part. nu. 12. ff ſolut. matrim. Additionatores ad Moli. lib. 4. c. 2 à n. 73.

11 ¶ Y no ſolamente quedò acetado por Pedro Meſsia de

Prado,

Prado,como padre y legitimo administrador de su hija,y en su nõbre,immò ella misma muerto ya su padre la acetò tacita,y aũ expressamente,declarando su animo,y que pretendia vsar del,intẽtando pleyto contra Pedro Mesia vltimo posseedor, para que se declarasse que el nombramiento que tenia era irreuocable, en q̃ obtuuo sentencia de la justicia ordinaria de la ciudad de Merida, litigando Pedro Mesia vltimo posseedor. y en contradictorio juizio con el se declarò, que no podia variar en el nombramiento y elecciones que auia hecho, condenandole a que en todo tiempo estuuiesse y passasse por ellas,memor.fol.6.B.Con que mientras no se halla reuocada aquella sentencia,quedò calificada la primera escritura de nombramiento, para que deua juzgarse por ella, argum.legis non ideò minus,ff.de reivindicat.Guiacio,lib.2.quę est Pauli,in recitatione ad dictam legem, vbi etiam Anton. Fab. in rationali,& in C.lib.8 tit 16. deffinit. 23. y fue visto auerla acetado vsando della,vt tradunt Bart.in l.gerit,num.14. ff.de adquir.possess. Baldus,in l.i num.21. ff. de falsa causa adiecta legato,& cons.263.num.1.volum 3.& melius Vincentius de Franch. decis.60.num.16.Camilo Borello,cons. seu controuersia 57. per tot.dicens,agentem tanquam hæredem censeri adiuisse hæreditatem:nàm sicut verbis ita etiam facto declaratur animus, seu volũtas,vt in cap.cum super 23.de offic.& potestate iudicis delegati, vbi glos.verb.*confessus est*,plura alia iura adducit.

12 ¶ Quòd etiam procedit, atendiendo al pedimiento que Iuan Nuñez de Prado,suegro de don Pedro de Mendoza,hizo ante la justicia de la ciudad de Merida el año passado de 1599.pidiẽdo por si y en nombre de doña *Maria Mesia su hija*, vn tanto del nõbramiento hecho en su persona,y las de sus descendientes, diziẽdo que se le diesse, como se le mandò dar vn tanto de el, para en guarda de su derecho: y a la escritura de acetacion que està presentada en el pleyto,otorgada por don Pedro de Mendoza,y doña Maria su muger,en diez y seys de Mayo de 1616. muerta ya la primera nombrada: y a la demanda de jactancia que pusieron en esta Corte el año de 613.interponiendo la persona de don Iuã Nuñez de Prado su hijo mayor que entonces era, pretendiendo que lo declarassen por legitimo sucessor en este mayorazgo,para despues de los dias de Pedro Mesia,vltimo posseedor, mediante la eleccion hecha en su persona, y fundandose en ella.

13 ¶ Dizen lo tercero, que supuesto que la primera elecciõ en q̃ se funda dõ Diego Mesia,se hizo por el año passado de 585. y viuio el vltimo posseedor eligẽte hasta el de 624. no pudo preuenirla tanto tiempo auiendo de surtir efecto despues de sus dias, y que assi le fue permitido mientras viuio reuocarla, ex textu,in l.cum pater,§.à filia,ff.de legat.2.l.vnum ex familia,ff.eod.titul.

 vbi

vbi probatur, que concediendose derecho de elegir, o facultad de restituyr al heredero, conferido para el tiempo de su muerte, no puede restituyr los bienes a vna de las personas inciertas, entre quien el instituydor dispuso que hiziera la eleccion, y quando de hecho la haga, adhuc se le permite reuocar el primer nõbramiẽto, y variando boluer a hazerlo en persona diferente.

14 ¶ A que se responde, que la decision destos textos, y objeccion que se funda en ellos, procede especialmente quando la facultad se concedio para el tiẽpo de la muerte de el nominante. Tunc enim, no puede anticiparse a hazer la eleccion en perjuyzio de las personas entre quien deue hazerse, vt tradunt Anton. Gom. in l. 17. Taur. num. 6. & in l. 40. num. 50. Gobeanus, libr. 2. variar. cap. 19. num. 29. Iacob. Cuiatius, libr. 10. obseruationum, cap. 39. Valascus, consult. 102. num. 27. Molina, lib. 2. de primog. cap. 4. num. 25. vsque ad 27. Paz, de tenuta, cap. 34. à num. 52. & alij quam plures, quos referunt Addition. ad Molin. lib. 2. cap. 4. à num. 22. vsque ad 25. ibi: *Eligendi successorem facultas, si fuit ad tẽpus mortis restricta electio antea facta non tenet ex ratione, de qua in praesenti, Pater Molin. tractatu 2. de instit. & iure, disput. 593. Aluarado, de coniecturat. mente deffuncti, lib. 2. cap. 2. num. 25.* Et iterum num. 34. circa finem, ibi: *Quod absque dubio procedit quando electio fit per contractum, & competit ex contractu: secus verò vbi intra tempus mortis electio commissa est.*

15 ¶ Y atendiendo a la que se concedio en la institucion del mayorazgo sobre que se litiga, no ay en toda ella palabras con q̃ la hallemos limitada al tiempo de la muerte, vt deprehenditur ex illis: *Quiero que lo aya y suceda en el la persona que el vltimo posseedor de mi linage, que por la dicha linea recta aya sucedido, señalare y nombrare, y los descendientes de el tal nombrado.* Et iterum ibi ex illis: *Pueda nombrar, y nombre persona que suceda en el dicho mayorazgo, y esto pueda hazer aunque aya hijos, o nietos viuos, para quando sucediere que no los huuiere, &c.* Vbi de colatione electionis in tempus mortis, nihil dispositum inuenitur.

16 ¶ Immò, no basta q̃ la permission que se concede al vltimo posseedor sea alternatiua, para que la aya de hazer en vida, o al tiempo de su muerte: porque no siẽdo conferida precisamẽte in tẽpus mortis, potest in vita quocũque tẽpore fieri irreuocabiliter, vt colligitur ex Doctoribus supra citatis, Valascus, consult. 102. num. 29. Molina, de primogen. lib. 2. capit. 4. num. 35. Flores de Mena, quaestion. 22. numer. 32.

17 ¶ Praetereà respondetur, que quando (sin perjuyzio de la verdad) la facultad de elegir se huuiera conferido in tempus mortis, supuesto que las personas inter quas debuit fieri electio, auiã de ser de la generacion del instituydor, en que solamente estauan

com-

comprehendidos sus descendientes(vt inferius dicemus)y que de estos no auia quedado otra persona alguna mas que los contenidos en la primera escritura de eleccion, por auer premuerto los demas descendientes del instituydor en vida del posseedor vltimo grauado a restituyr, pudo muy bien desde luego hazer la elecciō que hizo, sin que padezca nulidad, ni pudiesse reuocarla, por no auer interessado, qui aduersus electionem conquæri posset, vt in terminis tradit Anton. Gom. in l. 17. Taur. num. 7. ibi: *Ex quo secundo deducitur, quod si eo casu quo hæres est grauatus restituere vni de certis personis, omnes illæ personæ decedant in vita grauati, excepta vna, poterit ei statim fieri restitutio, argum. text. in dict. l. post mortem: & quia isto casu cessant prædictæ rationes prohibitiuæ: & in terminis ita tenet Bald. in dict. l. post mortem, 1. column. & 1. oppositione,* iunctis illis verbis: *Ergò videtur, quod statim, vel quando velit grauatus, potest eligere, & restituere non expectata morte, vel tempore, &c.* Angelus, in l. post mortem, C. de fideicommiss. quem sequuntur Rippa, in l. serui electione, nu. 14. ff. de legat. 1. Riminald. iun. consf. 693. num. 36. libr. 6. Paz, de tenut. cap. 34. num. 13. Molin. lib. 2. de primogenijs, cap. 4. n. 25. ibi: *Secus tamen, quando certæ, & determinatæ personæ fideicommissum restitui debet: tunc namque facta semel restitutione ex contractu irreuocabili, vlterius reuocari non poterit, & si fideicommissi restitutio in tempus mortis collata sit.*

18 ¶ Oponen lo quarto, que Pedro Messia vltimo posseedor en 17. de Enero de 622. reuocò este nombramiento, y lo hizo de nueuo en don Pedro Messia de Chaues, y que supuesto que se cōcedio la facultad de elegir por contracto, fue licita esta variaciō, y pudo el vltimo posseedor reuocarlo, y hazer otro, ex l. eum qui certarum. §. fin ff. de verbor. obligationib. Dom. Molin. lib. 2. c. 4 num 35. Y añaden a esto, que la ley serui electione, ff. de leg. 1. q̄ dispone, que hecha vna vez la eleccion no puede boluerse a altetar; procede quando la facultad de elegir se concedio en testamē to, vt patet ibi: *Electione legata*, y que solamente se adapta a vltimas voluntades: mas no quando està concedida por contracto, l. apud Aufidium, ff de optione legata, l. statu liberum, §. stichum, ff. de leg. 2. Peralta, in l. cum pater, §. à filia, num. 12. ff. de leg. 2. Mieres, 1. part. quæst. 84. num. 45. Caldas Pereyra, de nominatione emphyteutica, 3. part, cap. 2. num. 7. Simon de Prętis, lib. 1. dubitation. 5. solutione 4. Valasco, consultat. 102. num. 23. & 29. Paz, de tenut cap. 34. num. 50. Dom. Ioan. del Castill. quot. lib. 5. cap. 80. num. 18.

19 ¶ Sed hæc oppositio excluditur. Lo primero, con que todas las vezes que los padres fundā mayorazgo en cabeça de vno de sus hijos, ò entre ellos diuidē sus bienes. Esta fundacion, o contracto se reputa por vltima voluntad, y los bienes como diferidos

por

por vltima voluntad, y los bienes como diferidos por ella, mayormente quando ha de auer representacion del que los dà, l. si filia, 20. §. si pater; ff. famil. ercifcund. ibi: *Non videri donationem, sed potius supremi iudicis diuisionem*, vbi Antonius Faber in rationali appellans donationem illam, de qua agitur in eadem lege, ait, censendam esse iure vltimæ voluntatis, Parisius, cons. 24. num. 59. & seqq. lib. 2. Oldrald. cons. 231. in princip. & in terminis maioratus Dom. Moli. de primog. lib. 1. cap. 12. per tot.

20 ¶ Porque su naturaleza es, que ora se instituya por contracto, o por testamento, siempre se reputa por vltima voluntad, y queda hasta la muerte reuocable, l. 17. & 44. Taur. ibi: *Puedalo reuocar a su voluntad*, l. 4 tit. 7. lib. 5. recopilat. l. 10. tit. 13. lib. 3 fori, ibi: *Y si alguno diere su casa a otro, en tal manera que la tenga el que la dà en su vida, y despues que finque a aquel a quien la dà, porque tal donacion es semejable a las otras donaciones que se fazen en manda por razon de muerte; mandamos, que el dueño de la cosa pueda mudar su voluntad quando quisiere*: l. cum antiquitus, in princ. C. de testamentis, latè D. Mol. n. lib. 1. cap. 12. num. 29. & lib. 4. cap. 2. num. 1. Dom. Præses D. Ioan. Valenç. Velazquez, cons. 63. à num. 17. a donde resuelue, que aunque el mayorazgo se funde por escritura, o contracto entre viuos, siempre sigue y tiene naturaleza de vltima voluntad. Vnde iura de quibus supra, no solamente cõtradizen, mas antes fundan nuestra pretension, y pueden considerarse por principal fundamento de ella.

21 ¶ Præcipuè atendiendo a que en la facultad con que se instituyò este mayorazgo, se permite al instituidor reuocarlo, y boluerlo a hazer despues de vna vez hecho, como lo manifiestan aquellas palabras: *Y para que vos el dicho Pedro Messia de Prado en vuestra vida, o al tiempo de vuestro fin y muerte, cada y quando que quisieredes, y por bien tuuieredes, podays quitar y acrecentar, corregir, reuocar, y enmendar el dicho mayorazgo, e los vinculos, e condiciones con que lo hizieredes, en todo, o en parte dello, o deshazerlo, e tornarlo a hazer, e instituir de nueuo cada y quando que quisieredes y por bien tuuieredes, vna y muchas vezes, y cada cosa y parte dello a vuestra libre voluntad.* Quo casu aunque la disposicion hecha por contracto tenga en si todas las clausulas necessarias para su validacion, y las que mas firmemente la constituyen irreuocable, scilicet, entrega de bienes y aceptacion, siempre queda sugeta a reuocabilidad, como lo quedan los testamentos y vltimas voluntades, vt in terminis tradit Molina, lib. 4. cap. 2. num. 78. ibi: *Hæc sunt quæ de maioratu irreuocabili efficiendo, huiusque dicenda se obtulerunt, sed adhuc alia dicenda supersunt: nam quãtiis maioratus Regia facultate præcedente institutus ex acceptatione, atque possessionis traditione, vel ex causa onerosa irreuocabilis effectus fuerit, his non obstantibus reuocari poterit, si in Regia facultate adiectũ fuerit, quod*

post

post maioratus institutionẽ possit eius institutor illũ liberè reuocare, prout in omnibus Regijs facultatibus adijci solitum est: quod ex l. 44. Taur. quæ hodie est lex 4. ti. 7. lib. 5. in noua ll. reg. collectione, adeò clarè decissum est, vt non valeat iuridice inficiari, & quamuis in maioratu ex causa matrimonij, vel alia causa onerosa instituto, rigorem continere videatur: is tamen in cuius valorem maioratus institutus fuit de hoc conquæri non poterit. Ipse enim hoc prospicere debuisset, sibique id debet imputare, cum virtute eius facultatis contraxerit, quæ maioratus institutori post maioratum institutum licentiam illum reuocandi concessit. Mieres, 1. part. quæst. 38. num. 1. & 2. & in nouissima editione. Auendaño, in l. 44. Taur. glos. 19. num 2. Molina Theologus, disputat. 582. num. 3. Molina vbi supra, num. 79. los quales afirman, que para que en este caso quede valida, e irreuocable la donacion, o institucion de mayorazgo, ha de renunciar expressamente el que lo haze la permission que el Rey le dà en la facultad para alterarlo, o reuocar lo vna vez hecho: y esta renũciaciõ no se halla en la fundaciõ sobre q̃ se litiga.

22 ¶ Lo segundo se responde, que aunque la facultad de elegir se conceda por contracto, no puede el elector que ya vna vez eligio variar, reuocando la eleccion que hizo, ni la ley eum qui certarum, §. fin ff. de verbor. obligationib. en que se fundaron los Doctores que quisieron dezir lo contrario, prueua su intẽto, pues como de su cõtextura consta, procede en el que vsando de su propio derecho, y para comodidad suya propia elige; non verò in eo qui ex dispositione contractu, & iure alieno electionem facit, is enim reuocare eam non potest, vt tradit Ægidius, in l. 1. C. de Sacrosantis Ecclesijs, 2. part. in initio, nu. 30. per tot. Flor. Diaz de Mena, lib. 3. var. quęst. 22. num. 15. ibi: *Igitur absolutè concludendũ est, quod siue electio competat ex contractu, siue ex vltima voluntate, si fiat per viam contractus irreuocabilis, & remaneat cum ea dispositio absoluta, & perfecta, non licet amplius variare: Paul. de Castro, in l. serui electione, n. 2. ad fin ff. de leg. 1. Benedictus Ægidius, in l. 1. C. de SacrosanctisEcclesijs, 2. p. in princip. n. 30. & probatur in l. si quis stipulatus, de verbor. obligat. vt ibi notat Cuiatius,* Additionatores ad Molin. libr. 2. cap. 4. num. 35. ibi: *Adducitur textus in l. eum qui certarum, §. fin. ff. de verb. obligat. qui textus ad materiam maioratus protrahi non debet: quia est omnino diuersus, & loquitur in eligente nomine propio, & ad propiam vtilitatem, quod secus in electione quæ fit in electione maioratus, & voluntate alterius.* Et iterum vers. *Ego sanè*, adonde indubitablemẽte admiten esta opinion quando ay pacto de no reuocar, aun sin entrega de bienes.

23 ¶ Immò aunque este mayorazgo se fundassè por contracto de mejora, y donacion entre viuos, reseruò en ella expressamente el instituydor facultad para hazer las mandas y legados q̃ quisiesse en su testamento, o codicilos que despues otorgasse, de-

xando para este efecto los bienes libres, como si no los vinculara. Y vsando desta reserua, y refiriendose a la facultad de su Magestad, que le permitio mudar, y deshazer el mayorazgo aun despues de hecho, en el testamento que otorgò en tres de Otubre del año passado de 1564. puso las clausulas que se refieren en el memor. fol. 4. y 5. dexando a Ysabel Messia y Blanca Nuñez, sus hijos naturales, el quinto de sus bienes, y demas de el, otros mil ducados, disponiendo que se les pagassen de los bienes vinculados, dandoles poder para que los señalassen, y tomassen por su autoridad si quisiessen, y los tuuiessen como suyos propios: y si para pagarles se vendiessen, los tomassen por el tanto, o apreciados no auiendo comprador; disponiendo assimismo, que el posseedor de el mayorazgo diesse alimentos a Iuan Nuñez de Prado su nieto, abuelo del actor. Y cumpliendose estas mandas, el funeral, y las demas que hizo, y no de otra manera ordenò que el dicho vinculo y mayorazgo quedasse en su fuerça y vigor, y valiesse como dispuesto por su testamento, codicilo, y vltima voluntad, memorial, fol. 5. num. 16. ad fin. De que se infiere, que estando, como estaua, sugeto a reuocacion, y quedando irreuocable, y confirmado por el testamento que a su pedimiento se abriò, ha de juzgarse como instituydo por vltima voluntad, no por contracto: cũ actus à mera voluntate dependens à confirmatione vim accipiat, argument. legis 1. C. de veteri iure enucleando, Cardin Thusc verb. *Confirmatio*, conclus 708. num. 19. Bartol. in l. more, num. 5 ff. de iurisdiction. omnium iudic. Y consiguientemente quãdo todo lo que auemos fundado cessasse, quedò la primera eleccion firme, sin q̃ el elector pudiesse reuocarla variando, vt in l. apud Auphidium, ff de optione legata, l. statu liberum, §. stichum, ff. de leg. 2. l. huiusmodi, §. stichum, in fin. l. serui electione, vbi Rippa num. 12. ff. de leg. 1. Accurs. verbo, *Non poterit*, in dict. l. statu liberum, §. stichũ, & in l. vnum ex familia, ff. de leg. 2. Peralta, in l. cum pater, §. filia, num. 12. ff. de leg. 2. Molina, lib 2. cap. 4. num. 37. Mieres, 1. part. quæst. 84 num. 45. Pereyra, de nominatione emphyteusis, 3. p. c. 2. mem. 7. Simon de Prætis, lib. 1. dubit. 5. solut. 4. Aluarus Valascus, consult. 102. num. 23. & 29. Paz, de tenut. cap 34. num. 50. & 51. don Iuan del Castillo que alega vna coluna de autores en esta conformidad, quotidian. lib. 5. cap. 80. num. 18. vers. *Aut verò qui talem facultatem*, optimè Surd. cons. 264. num. 10. congerit alios, Fusar. q. 510. per tot.

24 ¶ Lo tercero se responde, que la voluntad del instituidor fue, que luego que el posseedor a quien dio facultad para elegir, por vna vez nombrasse, sucediesse con efecto el nombrado, vt patet ibi: *Al qual que assi fuere nombrado, desde luego le dio poder cumplido para que pueda auer el dicho mayorazgo, &c.* haziendo vn nudo ministro

nistro

n.º 10. Bastael gl todo al fin.

nistro al eligente,con cuyo hecho acetando como acetò la facultad que el instituydor le auia dado, reconociendose tan solamente por executor della,y haziendo relaciō que la acetaua para cūplir con su voluntad,luego que la declarò, eligiendo,se transfirio irreuocablemente el mayorazgo,o derecho de suceder al electo, por la disposicion del instituydor,a quien se atribuye este efecto, ex l.si hęres testamento,ff.de actionibus empti,Socin. in l.Marcellus,§.res quæ,in fin ff.ad Trebel.Card. Mantic. de coniectur. vltimar.volunt.lib.8.tit.5.num. 11. & seqq. & comprobauimus supra,num. 1.

25 ¶ Quòd idem suadetur ex dictionibus illis,*desde luego*,que corresponden a estas,*ex nunc*,cuya naturaleza es retrotraer el acto al tiempo de la primera disposicion,Tiraquell.de iure constituti.limit.2.num.16.Rebuf.in l.mulieris appellatione,vers.*Præterea*,ff.de verb.signif. y hazen que tome efecto del tiempo anterior,y no de quando se exerce el acto,o haze la declaracion,Clementin.1.verbo,*ex nunc*,de concessione Præbend glos.in l. fin. & ibi Angel. C.de codicil. Ias.cons.145 num.11.& cons 147.n.4. vol.2. Et consequenter, el tiempo en que el vltimo posseedor hizo esta eleccion , se junta con el de la disposicion del fundador , y de alli toma su principio y efecto Vulcellano,de verb. significa. in dictione,*ex nunc*,Mascard.de probationib.concl.1229. nu.33. Barbos.de dictionib.diction.101.n.1.& 2.

26 ¶ Y si auiendose dado facultad de elegir por vna vez, como en este caso, se permitiesse poder variar,se contrauendria a la voluntad del fundador, apartandose conocidamente de la forma y modo que quiso que se guardasse,quod non permittitur, l. verbis ciuilibus,ff.de vulgari,ibi:*Ne fiat contra voluntatem* , l. si quis pecuniam,ff.si quis omissa causa testamenti , ibi : *Planè indignum est circunuentam voluntatem deffuncti*,l.illis libertis , ff. de conditio. & demonstrationib.ibi: *Contra voluntatem deffuncti petens audiri non debet*.Molin.lib.1.cap 3.à num 7.& lib.3.cap.1.n.i.& seqq. & in terminis notat Ancharr.cons.214. n. 2.

27 ¶ Y quando el fundador no huuiera dado la facultad con palabras expressas tan limitada y restringida a vna vez sola , deuiera entenderse assi,ex l.boues,§.hoc sermone,vbi Tiraquel & Rebuf ff.de verb.signification. pues aun quando se dà la elecciō con facultad de poder variar , y elegir muchas vezes , per verba illa amplissima,*toties,quoties*,se restringe a solas dos,vt refert Galganetus,de conditionib.& demonstrat.part.2. cap. 1. quæst. 21. num.2.& Barbos.de diction.diction.352.n 2.

28 ¶ Vnde,mucho mas aurà de restringirse quando no solo se dà facultad para poder variar , immò , que esta se limita a vna vez,cum id quod strictè fundator ordinauit, strictè debeat intelligi,

ligi, l. si verò, § de viro, ff sol. mat. l. 3 ff. de legatis præstãdis, l. vnica, §. vbi autẽ, C. de caducis tollen. y mas para euitar la variaciõ que de su natraleza es odiosa, iuxta Clementinam vnicam, de renuntiation. & tanquam iniquitas reputatur, glos. verb. *iniquitas*, in l. si quis ius iurandum, C. de iur. iur. quam singularem dicit Ludouic. Roman. singulari 47. n. 7. & seqq.

29 ¶ Vlterius respondetur, que este nombramiento no fue solamente irreuocable, ex propia vi, & natura ipsius, atendiendo a la facultad que limitadamente concedio el instituydor, haziendo nudo ministro al elector por disposicion, quæ capit naturam vltimæ voluntatis, iuxta ea quæ iam diximus. Verumetam por la obligacion y pacto de no reuocar, pues puso el elector en la escritura de nombramiento, vt patet ibi; *Y prometo y me obligo que este nõbramiento y eleccion será firme y valedero, y no irè, ni vendrè contra el, aora, ni en tiempo alguno, ni le reuocarè, ni nombrarè a la sucession deste mayorazgo a persona alguna, excluyendo a la dicha doña Maria, ni a los demas nombrados en esta escritura: y si lo hiziere, quiero que no valga en manera alguna: para lo qual renuncio de mi fauor el derecho y facultad, si alguno tengo, para poder variar este nombramiento y eleccion que assi hago, y todas quantas vezes nombrare, eligiere, o señalare otras algunas personas, quiero que el tal nombramiento no valga, antes de nueuo sea visto ser fecho en la dicha doña Maria, y en los demas contenidos en esta escritura por la dicha orden, y renuncio todas las leyes, fueros, e derechos que sean en mi fauor, y a su cumplimiento, &c.*

30 ¶ Y lo mismo se coligede la segunda escritura que Pedro Messia vltimo posseedor, otorgò para mayor firmeza de la primera, vt patet ex illius verbis, ibi: *Y añadiendo fuerça a fuerça, y contracto a contracto, por via de casamiento, y causa onerosa, de nueuo reualido el nombramiento que tengo hecho, y doy mi fee, y palabra como Cauallero Hijodalgo, segun fuero de España, de no reuocar, ni alterar el dicho nombramiento en manera alguna, &c.*

31 ¶ Vnde, quando aliàs le fuera permitida la variacion, iuxta iura quæ iam citauimus, por el pacto de no reuocar quedò extinta la facultad, y el nombramiento irreuocable, vt in donatione causa mortis sui natura reuocabilis, cui simile adijcitur pactum, probat expressus text. in l. vbi ita donatur, ff. de donat. causa mortis, Boer. decis. 353. num. 11. Couarr. in rubr. de testamentis, part. 2. num. 11. & seqq. Anton. Gom. 1. tom. var. cap. 4. n. 21. Crotus, cons. 11. num. 27.

32 ¶ Regulare enim est, quemlibet actum sui natura reuocabilem ex promissione de non reuocando irreuocabilem effici, Parisio, cons. 25. num. 27. lib. 2. & cons. 46. num. 17. & 24. lib. 4. Caldas Pereyr. in tractat. de potestate eligendi, cap. 2. num. 23. & seqq. & cap. 3. num. 24.

Y procede

33 ¶ Y procede mas ajustadamente en materia de mayoraz-
gos,vt in his terminis tradunt Guillermus Benedictus,in c. Ray-
nuntius,de testamentis,verbo,*testamentum*,ex num.23.cum seqq.
Dom.Couarru.in rubrica de testamentis, 2. part.num. 11.& 12.
Gutierr.de iurament.confirmator.3.part.cap.13.vers. *Sed ego du-*
bito,in fin.Flores de Mena,lib.3 var.quæst.22.num.30.Pereyr.de
potestate eligendi,3.part.cap.2.num. 28. Cardoso in praxi iudi-
ciali,verbo,*emphyteusis*,n.15.D.Lar.de anni.lib. 2.c.9.num. 23.
Fontanel.clausul.4.glos.21.à num.36.Dom.Molin.lib.4.de pri-
mog.cap.2.num.45.46.& alijs,Velazquez de Auendañ.in l. 44
Taur.glos.9.à num.2.Mieres,de maioratib. 1.part.quęst. 30.per
tot.don Fernando de Mendoza,lib.3.de pactis,cap.9.nu.37. Te-
llo Hernandez,in l.17.Taur.num 99.Rodrigo Suarez,in l. quo-
niam in prioribus,in declaratione legis Regni,quæst. 8. num. 6.
D.Ioan.del Castil.to.5.c.80.n. 38. & in additione final.vers. *Ego*
sanè existimo,a conde afirma, que quando el pacto de no reuocar
es(como en este caso)tan eficaz que el actor se priua de la potes-
tad que aliàs le competia, anulando lo que en contrario hiziere,
se transfunde el acto en otro diferente, reasumiendo diuersa natu
raleza,de manera que no puede , mediante el pacto, variar en la
eleccion el elector , que aliàs sin el pudiera , Additionatores ad
Molin.lib.2.cap.4.num.35. ibi : *Vel si tempore electionis intercedat*
pactum de non reuocando , iuxta magis communem sententiam. Et ibi:
Quod absque dubio procedit,quando electio fit per contractum, & competit
ex contractu,&c.& lib.4 cap.2.num.19.& 20.vbi non de electio-
ne,sed de constitutione maioratus irreuocabili ob pactũ effecta.

34 ¶ Mayormente concurriendo con el pacto de no reuocar
la acetacion, con que de todo punto cessa qualquiera objeccion
que pudiera considerarse,ex traditis à Domin. Præside don Iuan
Valençuela Velasquez,cons.63.num.2.Flaminio Parisio , de re-
signatione beneficij,lib.1.quæst.12 num.9. Tiraquell. de primo-
gen.quæst.18.ex acceptatione,nãque ius in rem adquiritur,Paul.
Castrens.in l.si eum qui,137.§.fin.num.2.in fin.ff de verbor. obli
gat.Flamin.Paris.vbi sup.lib.13.q.1.n.26.

35 ¶ Y mucho mas atendiendo a que no solamente puso pa-
cto obligandose a no reuocar;imò etiam que passò adelante, po-
niendo clausula y decreto irritante,de qualquier acto, o eleccion
que contrauiniendo a lo que prometia hiziesse : ex quo euidens
nullitas electionis, seu actus subsequentis inducitur , vt in cap. si
eo tempore,& cap.si postquam,de electione,lib.6. Caldas Perei
ra,in quæstionibus forensibus,lib.2.quęst.6.num.29.Anton.Ga-
briel,commun.opinion.lib.6.tit.de clausulis, conclus. 3. nu. 56.
Martha,de clausul.part.1.claus.191.num.6.Riccius,decis. 675.

num.3.part.2.Gutierr.pract.lib.3.q.15.n.4.Barbos. plures addu cens,de clauf.clauf. 112. per totam.

36 ¶ Ni podrà alegarse por contrario a esta resolucion, el conf.264.de Pedro Surdo, pues aunque la segunda eleccion que variando hizo alli el comissario elector, se juzgò por valida, fue porque el nombrado en la primera premurio antes que el possee dor, de los bienes a quien auia de suceder, vt patet num.29. con q̃ se caducò: y la facultad de elegir que para hazerla se auia conce dido, fue con palabras amplissimas, *quandocumque, semel, & pluries*, diferentemente que en el caso deste pleyto, en que don Diego Messia que litiga sobreuiuio al vltimo posseedor que lo nombrò, vsando de la facultad que tuuo restringida a vsar de ella, *por vna vez, y no mas*, iuxta iam dicta.

37 ¶ Menos podran obstarnos la consultacion 102. de Aluaro Valasco, y la decision de Seuilla que refiere el señor don Iuan del Castillo, lib.5.cap.80. porque en ambos casos faltò acetacion del primero nombramiento, y vno dellos se hizo por vltima voluntad: vnde no son aplicables a nuestro pleyto, en que assi por la naturaleza del acto, y clausulas de la escritura, como por voluntad expressa del fundador dexamos verificado que no pudo alterarse la eleccion semel perfecta, y juridicamente hecha.

38 ¶ Ni podrà replicarse que esta resolucion procede quãdo con el pacto de no reuocar concurre juntamente entrega de bienes, y que esta faltò en este caso. Porque se responde, que aũque Antonio Gama en la decision 116. Caldas Pereyr. de nominatione, quæst.10.num.83. Valasco en la consultacion 102.n.23. dan a entender, que para la irreuocabilidad de la eleccion ha de interuenir juntamente entrega de bienes, hablan en los terminos de la ley municipal de su Reyno de Portugal, donde escriuieron, que determina, que quando la nominacion para las emphiteuses de que trata, se concede in tempus, seu cum mentione mortis siẽpre es reuocable, aunque se haga en contracto irreuocable y oneroso, como no aya entrega y translaciõ de los bienes, o derecho que tiene el nominante en la emphiteusi, vt expressè continetur in ordinationibus, lib.4.tit.37.in princip.& §.1 nouæ Recop. illius Regni, quæ olim erat, lib.4.tit.63.in princip. Quo etiam sensu accipiendi sunt, Pereyr.decis.9.à num.1. Cabedo, part.1. decis.103.num.1.

39 ¶ Y siendo la nominacion que se haze a los emphiteusis de aquel Reyno, tan exorbitante del derecho comun, vt adnotarunt idem Caldas, de nomination. dict. quæst.10 num.83. & de potestate eligendi, cap.2.num.38. Valascus, dict. consult. 102. n. vlt. Anton. Gamma, dict. decis. 116. à num. 1. no puede ajustarse ni traerse a consequencia para los pleytos que se han de determinar

nar por derecho comun, vt in cap. quæ à iure communi exorbitant. 28. de reg. iur. lib. 6. vbi glos.

40 ¶ Quo attento de la manera que basta entrega de bienes, vt electio fiat irreuocabilis, aunque no aya pacto de no reuocar, iuxta tradita à Patre Molin. de iustit. & iur. tract. 2. disp. 593. num. 3. Valasc. consult. 102. num. 23. Caldas, dict. quæst. 10. n. 83. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 2. num. 3. ita etiam el pacto solo de no reuocar sin entrega de possession es eficaz, para que la nominacion quede irreuocable, ex iam supra à nobis adductis, & eleganter traditis à Molin. dict. lib. 4. de primogen. cap. 2. á nu. 45. cum seqq. Caldas Pereyr. de potestate eligendi, cap. 2. nu. 23. & cap. 3. num. 24. Additionatores ad Molin. lib. 2. cap. 4. nu. 35. fol. 117. ibi. *Ego sanè in eadem sum opinione, præcipuè re integra: nam facta traditione, siue vera, vel ficta, de qua dicemus infra, lib. 4. cap. 2. amplius non licebit variare, vel si tempore electionis intercedat pactum de non reuocando, iuxta magis communem sententiam, vt per authorem, d. c. 2. & comprobatur ex eis quæ adducit Bart. &c.* Et tenent plures relati à Mier. part. 1. quæst. 30. num. 1. loquentes in terminis strictiorib. legis, scilicet 17. & 44. Taur. cum scilicet ipse dominus bonorũ qui condidit maioratum cum pacto de non reuocando, reuocare intendit. Gutierrez lib 2° practicarum questione 67.

41 ¶ Oponen todauia diziendo, que en la institucion de este mayorazgo estan excluydos expressamente los hijos naturales, y que descendiendo don Diego como el mismo pretende, de Iuan Nuñez de Prado, que lo fue de Diego Mesia, y estando aquel excluydo por defecto de legitimidad, no pudo transferirle mas derecho del que tenia, ex text. in l. si viua matre, C. de bonis maternis, l. fin. C. de natur. liber. & quia medium inhabile impedit extrema coniugi, & consequenter ius eligendi passiuũ non habuit.

42 ¶ Sed respondetur, que la incapacidad, o vicio del padre o abuelo, no prejudica al hijo, o nieto en quien concurre la calidad, o requisito que se pide por la fundacion, ni le excluye, siendo por su persona legitimo y capaz, como lo es don Diego Messia, y lo fue doña Maria su madre, que fue assimismo hija legitima y natural de Iuan Nuñez, nieto de el fundador, ita resoluunt Cephal. cons. 103. à num. 3. donde responde a la ley si viua matre C. de bon. matern. y a los demas textos que se citan de contrario, Guid. Pancirola, cons. 169. num. 3. dicens, nepotem ex legitimo matrimonio natum successibilem esse auo non ex patris persona, sed ex propia, quia tantum attenduntur qualitates quæ sunt in succedere volente, non verò patris naturalis exclusi, Nicol. Garcia, de benefitijs, 7. part. capit. 15. num. 63. cum alijs quos refert Alexand. Raudens. cons. 1. num. 27. lib. 1. Christophorus Torniellus, cons. 85. num. 18. Ancharran. cons. 355. num. 1. versi. *Secundum dubium,*

dubium, Anton. de Butr. conſ. 29. verſ. *Ad ſecundum dubium*, Rochus de Curte, de iure patronat. num. 8. in verbo, *competens alicui*, verſi. *Reperio tandem*, fol. mihi 36. col. 1. Lambertin. de iure patronat. 2. part. lib. 1. quæſt. 2. artic. 32. per tot. Ioan. Gutierr. conſ. 3. nu. 13. & ſeqq. Gonçalez, in regul. 8. Cancell. gloſ. 5. in princip. n. 109. vſque ad fin. Stephan. Gratian. cap. 218. num. 19. Mier. de maiora tib. 2. part. quæſt. 2. num. 27. 31. & 32. ſequutus ab Azeued. dict. conſ. 24. Franciſc. Beccius, conſ. 138. lib. 2. Marta, in ſumma totius ſucceſsionis legalis, 2. part. quæſt. 4. art. 5. num. 22. omnino videndus, Peregrin. de fideicommiſ. art. 27. nu. 18. Scipion Theodor. allegat. 1. num. 76 Barboſ. in l. ſi ab hoſtibus, §. fin. num. 25. ff. ſolut. matrim. Surd. conſ. 316. num. 4. & 5. tom. 3. optimè Sforcia, conſ. 38. num. 68. Caſanat. conſ. 8. n. 17. 20. & 21.

43 ¶ Qui omnes conſtanter tuentur prædictam concluſionem, dando por diſtincion, que ſi el hijo quiere ſuceder como heredero de ſu padre, o abuelo, y repreſentando ſu perſona, tunc excluſo patre, vel auo, cenſebitur etiam excluſus filius, ſeu nepos, pero ſi quiere ſuceder ex propria perſona, electione, ſeu nominatione, & iure propio, como ſe ſucede en los mayorazgos, ex Molina, lib. 1. cap. 1. num. 17. & lib. 3. cap. 6. num. 34. & 43. Mieres, 2. part. quæſt. 10. num. 4. & 5. Dom. Caſtill. cap. 15. nu. 45. & 46. lib. 3. Tunc la excluſion del padre no le prejudica, imo antes le acelera el tiempo de la ſuceſsion, ita diſtinguit Bald. in authent. ceſſante, num. 3. C. de legitim. hæredib. Philip. Corn. & Alexan. in authent. poſt fratres, C. illo eodem tit. Soci in l. Gallus, §. nunc de lege, num. 5. ff. de liber. & poſthum. Ruin. conſ. 46. lib. 1. Gregor. Lop. in l. 3. tit. 13. part. 6. gloſ. magna, quęſt. 22. verſ. *Sed an excluſis*, latè Franciſc. Beccius, conſ. 138. nu. 29. adonde en el n. 40 dize, que no por eſſo ſe defiere la ſuceſsion per ſaltum, ſino por el orden gradual, y ſucceſsiuo della, que conſiſte en que excluydo el grado precedente ſuceda el ſiguiente, Bald. in l. pactum dotale, quæſt. 11. num. 21. in fin. C. de collationib. dicens; quod in ſimili ſpecie ſuccedit filius ex perſona propria per locum à priuatione, ſeu remotione patris: & ideò non poteſt naturam iam extinctam ſibi aſſumere, ſed aſumit locum, quem ſibi reperit vacantem ex pluribus, reſoluit Domin. Caſtill. dict. capitul. 15. numer. 70. & ſequentibus.

44 ¶ Ideoque primo vocato exiſtente incapaci, ſtatim ſequenti ſubſtituto locus fuit, ac ſi primus vocatus non fuiſſet, Molin. lib. 1. cap. 9. num. 29. & 30. Dom. Caſtill. lib. 3. cap. 15. n. 46. Tiraquel. de primogenitura, quæſt. 3. num. 16. Vincentius Honded. conſ. 75. num. 39. lib. 1. Mantic. de coniectur. vltim. voluntat. lib. 8. tit. fin. num. 49. & 50. Philip. Corn. tom. 4. conſ. 234. à n. 4. cum ſequentibus, dicens, non excludi filium in quo adeſt qualitas

tas, quæ in patre excluso ob illius defectum deficiebat: ex ratio-
ne quam tradit Angulo in noua editione, glos. 1. l. 7. num. 47 di-
cens, successorem in maioratu ex noua donatione concepta in sua
propria persona, non autem ex iure à prædecessore transmisso
succedere.

45 ¶ Vndè plures in iure reperiuntur casus, in quibus etiam si pater sit exclusus eius filius admittitur, vt in filio deportati qui inhabilis est ad successionem, probat text. in l. si necem, §. si deportatus, ff. de bon. libertor. Et in filio patris Religionem ingredientis comprobat ex plurib. Domin. Paz, de tenut. cap. 34. num. 16. Et in filio commitentis delictum aliquod ex prohibitis, tradit Mier. 3. part. quæst 3. num. 3. Molina, libr. 4. cap 11. num 41 & in filio cęci, seu muti exclusi, idem Molina, lib. 1. cap. 13. num. 35. Et in casu contrauentionis Tellus Fernandez, in l. 17 Taur. num 10. Domin. Castillo, libr. 5. cap. 15. numer. 16. Domin. Molina, libr. 3. capit 10. num. 44. Et in maioratibus nudæ masculinitatis, quod etiam si mater sit exclusa, non excludatur filius in quo qualitas quæ matri deficiebat, reperitur, resoluunt passim DD. præcipuè Nicol. Garcia, de benefitijs, 7. part. c. 15. num 63. vbi eodem argumento in huius rei comprobationé vtitur, Anto. Fab. de errorib. pragm. decad. 29. error. 1.

46 ¶ Alios congerit Paz, de tenut. dict. cap. 34. à num. 14. cum seqq. Molin. lib. 3. cap. 5 nu. 50. & conducunt tradita à Gracian. cap. 785. per tot. pręcipuè num. 5 11. & 12. vbi ait: *Quod per conuentionem factam à matre, seu patre de non succedendo, renuntiationẽ, seu repudiationem, nullum præiudicium infertur descendenti, qui ex propria persona succedit.*

47 ¶ Esto procede indubitablemente si se atiende a que el
fundador no excluyò de la sucesion deste mayorazgo a los des-
cendientes legitimos de hijo natural, en defecto de la descenden-
cia legitima, vnde succedit regula, quod exclusio quæ in verbis
dispositionis non reperitur expressa, non debet subintelligi, De-
cio, cons. 379 num 7 & cons. 553 num. 4 Petrus Surd. cons. 416.
num. 13. Franciscus Beccius, cons. 107. num. 19 Dom. D. Ioann.
del Castill. lib. 3. cap. 15. num 22. & seqq. *Exclusio enim nunquam se extendit vltra personas nominatim exclusas.* Et ibi: *Exclusio namque non debet subintelligi, quæ in verbis dispositionis non reperitur expressa,* Simon de Prætis, de interpretatione vltimar. volunt. lib 3. dubit. 3. solution 2. num. 27 Onded. lib. 1. cons. 95. num. 98. Parisio, consil. 47. num. 77. lib. 3. Burg de Paz, cons. 29. num. 52 Menochio, cons. 197. num. 68. & 250. num. 121. ibi: *Exclusio magni ponderis est, & digna expressione specifica,* Decio, cons. 179. n 7.

48 ¶ Imò la calidad de legitimo, y nacido de legitimo matrimonio, no està puesta en la linea de donde prouiene el posse-
dor

dor del mayorazgo, ſino en la perſona miſma que actualmente lo ha de tener, y ſuceder en el, vt patet ibi: *Quiero que los que aſsi huuieren eſte dicho mayorazgo, aſsi los deſcendientes, como los tranſuerſales y nõbrados ſean legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos y procreados, y el que no lo fuere no pueda ſuceder en el dicho mayorazgo, aunque deſpues ſea legitimado por ſubſequente matrimonio, ni por diſpenſacion Apoſtolica, ni Real, ni por otra via alguna*, quæ verba præcipuè illa: *Y el que no lo fuere no pueda ſuceder*, per argumentum à contrario ſenſu euidenter demonſtrant, que no atendio el fundador a la linea, ſino a la perſona, vt doctè conſiderat Philippus Corneus, conſ.116.lib.2.n.11 vbi ait: *Quod quando perſona excluditur propter defectum, ſeu qualitatẽ inhærentem illi, ipſa tantum cenſetur excluſa, non etiam radix: quia vitiũ non eſt in linea, ſed in perſona.* Bald. in l. pactum quod dotale, quæſt. 18.C.de pactis, donde reſpondiẽdo al cap.1.§. hoc autem, de his qui feudum dare poſſunt, dize, quod ibi nepos deſcendebat ex linea inſucceſsibili, in qua vitium conſiſtebat, no como en eſte caſo, donde el defecto, o cauſa de la excluſion ſe halla ſolamente en la perſona del abuelo, y no en la de don Diego, que por la ſuya es legitima, ita diſtingunt Additionatores ad Molinam, libr. 3. capit. 5. numer. 51. ibi: *Priori enim caſu melioris, debet conditionis eſſe filius, quam mater: nam etiam matre excluſa, filius non cenſetur excluſus, &c.* Alexan.conſ.75.lib.1. viſis in fine Bart. in l Gallus, §.quid ſi is, ff.de liber.& poſthum. Rippa, in l.1.num.69.ff. ſolut. matrimon. Cephal.conſ.103.num 21.& ſeqq. Decio, conſ. 462. dubio 2.num.17.& 18. Tiraquel.de vtroque retract.part.1.§.1. gloſ.9.num.72.& ſeqq. Franciſcus Beccius, conſ.138 lib.2.n.34 & num. 43. ibi: *Rurſus quamuis teſtator vocauerit agnatum proximum de legitimo matrimonio natum, & naturales, & non ortos de legitimo matrimonio excluſerit, nil tamen dixit de filijs legitimis, & naturalibus procreatis de legitimo matrimonio à patre ſpurio, vel naturali tantum*, & faciunt tradita ab Additionatoribus Molinæ, lib.2.cap.11 nu. 26. vſque ad 30.verſ. *Ceterum in hac Doctorum controuerſia*, reſoluentibus legitimos ex filio etiam ſpurio poſſe in defectum legitimæ ſobolis inſtitui ſucceſſores in maioratibus.

49 ¶ Mayormente quando ya han faltado los deſcendientes legitimos, vt tradit Azeued.conſ.24.num.28. vbi cum Mier. ait: *Superueniente caſu in quo deficerent deſcendentes legitimi ipſe odio nõ haberem deſcendentes ex filio illegitimo, & ſic ex infecta radice procedentes.* Additionatores Molinæ, lib.3.cap.3.num 41. Mena, lib.1.variar.quæſt.16.art. & §.2.num.8. Mier.2.part.quæſt 2. nu. 134. in noua editione, Roſentallo, de feudis, cap.7.concluſ.19.num.4. liter.E. Greg.Lop.in l.2.tit.25.verbo, *la hya mayor*, quęſt. 1. & in l.36.tit.9.part.6.gloſ.magna, quæſt.8.& 22. Azeued.conſ 20.numer.27. Nicol.Garcia, de benefit.7.part.cap.15.numer.vltimo, verſ.

verſ. *Nec non, an cæteris paribus concurrat alius de familia*, & verſicul. *Et quod in dubio*, Gomez, Arias, in l.7.Taur.num 22. argum. text. in l.generaliter, § ſpurios, ff.de decurionib.& eorum filijs. *Vbi licet ſpurius ad dignitatem non admittatur legitimis extantibus, eis deficientibus admittatur*, l.generaliter, §.cum autem, C. de inſtit. & ſubſtit. ibi: *Hoc, & in naturales filios extendatur.*

50 ¶ Y atendiendo a eſto el inſtituydor, ſolamente prohibe que no ſuceda el que al tiempo de la vacante no ſe hallare con calidad de legitimo, vt deprehenditur ex illis verbis: *Y el que no lo fuere no pueda ſuceder en el dicho mayorazgo*, cum qualitas ad ſuccedendum tantum requiratur tempore quo defertur ſucceſsio, l. interuenit, ff.de legat.preſtandis, l.ſi quis cum haberet, ff.de ſuis, & legitimis hæredib.l 1.§.ſi quis proximior, ff. vnde cognati, l. penult.§.quandiu, ff.vnde legitimi, l.intercidit, ff. de condit & demonſtration.Dom Molin.de primogen.lib 1.cap. 13 num 37. & lib.3.cap 2 nunc 16.& cap.10 num. 3. & 8. Gutierr. conſ. 1. num 15. Peregrin.de fideicommiſſ.art.29 num 7. Dom. Caſtill. controuerſ iur.lib.5.cap.50.num 21.vnde verba illa, *legitimos, y de legitimo matrimonio*, regulantur ex illis, *los que aſsi huuieren eſte dicho m yorezgo*: quia qualitas adiuncta verbo intelligitur, ſecundum tempus verbi, l.in delictis, §.ſi extraneis, ff. de noxalib.actionib.l.2 & 3 ff de auro & argento legato, l.1.§.tutoris, ff. quod juſſu, Alexan conſ.5.num.3.vol.7.Cephal conſ.251.num.3. Decio, conſ.37.num.8 Surd conſ 23.num 10 & conſ.216.num.2.D. Caſtill.cap.90.à num 22.cum ſeqq tom 5.Cardi. Tuſch.concl. 9.per tot.verb.*qualitas*, maximè n.1 & 6.

51 ¶ Y requiriendoſe por condicion en la perſona que ha de ſuceder actualmente que ſea legitimo, y de legitimo matrimonio nacido, verificadas, como ſe verifican eſtas palabras en do 1 Diego Meſsia de Prado, y doña Maria Meſsia ſu madre, en quié ſe hizo la eleccion, y por ella y ſus llamamientos pretenden ſuceder, no deuen, ni pueden referirſe a otra perſona que las ſuyas, ex text.expreſſo, in l quæ conditio 39 ff.de condit. & demonſtratio. ibi: *At quæ conditio ad certas perſonas accomodata fuerit, eam referre debemus ad eum duntaxat gradum quo hæ perſonæ inſtitutæ fuerunt*, Caſtill. c.181.n.28.tom. 6.

52 ¶ Quod etiam ſuadetur de la calidad de el miſmo fundador, pues conſta de los autos que era natural y no legitimo, y eſto baſta para que ſe entienda que faltando deſcendiētes ſuyos de linea legitima, quiſo que ſucedieſſen los legitimos de hijo natural, vt in fortioribus terminis probat Mier.de maioratib 2. part. quæſt 2.num.141.& 27 verſ.*Maximè procedit*, reſoluens, que ſi vn ilegitimo haze mayorazgo, y por conſeruar ſu honra y autoridad ordena que en el mayorazgo ſucedan hijos legitimos, y no otros, exiſ-

existimandum est, quod superueniente casu in quo deficerent descendentes legitimi, ipse odio non haberet descendentem illegitimum, & prosequitur Marcus Antonius, Peregrin.art.26. nu. 13. & artic.28 num.46. Fular.quæst 406.num.25. Augustin. Barbosa, de appellatione verborum vtriusque iuris, appellation 99. n. 23 Doni Castill.cap.82.num.35. Mantica, lib.11.tit.9.num. 15. Surd.cons 571.num 49.tom.4. Rusticis, in l. cum auus, lib.3.c.1 num.113. Menoch.lib 4.præsumpt.78 num.34. & conducunt tradita ab Aluarad.de coniecturata mente defuncti, cap.1.§.1.nu. 16.& 17.dicens, admitti naturalem ad maioratum, ex eo quod naturalis institutor fuerit, argumento legis ex facto, §. si quis rogatus, ff.ad Trebel.ibi: *De quibus liberis testator senserit hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius qui fideicommisit, accipiendũ erit.*

53 ¶ Y se conuence por la calidad del primero llamado, en cuya persona se fundò el mayorazgo, por ser hijo legitimo de el fundador, que lo era solamente natural; vnde no es verosimil que quisiesse excluyr a los demas sus descendientes que se hallassen con esta calidad: quia institutio pręstat lumen substitutioni, l. 1. C de impuber.& alijs substit vbi notat Bart. quem alij sequuntur, & forma, qualitas, & conditio primi vocati, censetur repetita in sequentibus, siquidem substitutio, seu vocatio sequens regulari, atque intelligi debet, secundum qualitatem prioris, l. Titia Seyo, § Seya libertis, ff.delegat.2. l.1 C.de impuberum, l. qui liberis, § fin.ff.de vulgari, Gutierr.cons.13.num. 10. Curt. senior, lib.1.cons.51.num.11. Gamma, decis.354.num.4. & decis. 160. num 9. Cabedo, decis 143.num.1.part.1 Menoch. de præsumpt. lib 4.præsumpt.78.num.31 & 34. Mantica, de coniect vltimar. volunt.lib 11 tit 9 num.15. Roland.à Valle, cons. 76. num. 13. lib.3 & cum alijs Ioan.Baptist Lupus, in tractat.de illigitimitate, commentar. 1. §. 4. num. 16. versic. *Declaratur tamen*, & numer. 22. & 24.

54 ¶ Sicut etiam, quando alguna muger funda mayorazgo en su hijo varon, y despues continua los llamamientos en descendientes varones, se entiende que los admite, y no quiso excluyrlos, aunque desciendan de hembras, vt tradunt Raphael Fulgos. cons.85 Socinus senior, in l. Gallus, §. nunc de lege, in vltimis verbis, ff.de liber.& posthumis, Ancharran.cons.339.num. 12. Soci. iun.cons 11.num.11.lib.2. Alexand.cons.26 nu. 11. & cons 128. num.9. Roland.à Valle, cons.76 nu.15.lib.3.& Beroio, cons.120 num.11 Y lo mismo enseña el señor Doctor Luys de Molin.lib.3 cap 5.num 50 quando en alguna parte de la disposicion se llama hembra, que aunque aliàs se llamen hijos varones, se entiende q̃ el mayorazgo es regular, y no de agnacion. Et præceteris optima est interpretatio, quæ ab intelligentia testatoris deducitur,

que

que pues en sus mismos hijos entendio las palabras, *legitimos, y de legitimo matrimonio*, y las tuuo por verificadas, aunque lo eran de padre natural, esto mismo se ha de juzgar que quiso, respecto de los vlteriores descendiẽtes, y llamados, ex vulgari doctrina Bart. in l. Centurio, num. 27. ff. de vulgar. & tradunt DD. in l. Seya, §. Cayo, ff. de fundo instructo, l. qui filiabus, ff. de leg. 1. l. 1. ff. de rebus dubijs.

55 ¶ Rursus hoc quidem conuincitur, por la calidad del llamamiento que el fundador hizo en la clausula 5. de la institució deste mayorazgo, en que parece expressò claramente su voluntad, no solo en quanto a los hijos legitimos de hijo natural: verú etiam en quanto a los naturales mismos, pues haziendo relacion de la facultad que auia dado a Gonçalo Messia su hijo, y a sus descendientes, para que faltando, nombrasse persona que sucediesse en este mayorazgo, queriendo el nombrar desde luego para quádo llegasse el caso, nombrò y señalò a Iuan Nuñez de Prado su hijo natural, el de la casa diez, y a sus descendientes por el orden q̃ dexaua referido: ex qua filij naturalis vocatione in alia parte testamenti facta, non videtur testator naturales odisse deficientibus legitimis, vt tenent Menoch. lib. 4. præsumpt. 68. num. 31. Mantica, lib. 11 de coniecturis, tit. 9. num. 12. Peregrinus, de fideicómissis, art 28. num. 47. Fusarius, quæst. 406. num. 21 D Castillo, tom. 5. c. 82. n. 34.

56 ¶ Y supuesto q̃ aunq̃ auiendo querido tanto q̃ los descendientes de Gonçalo Messia q̃ huuiessen de suceder fuessen legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, llamò en defeto dellos a su hijo natural; y a sus descendiẽtes legitimos, biẽ se infiere q̃ no fue visto querer excluyr a los demas sus descendietes naturales, y mucho menos a los legitimos dellos: cum certissimum sit in iure, quod ex antecedentibus, & insequentibus desumitur coniectura voluntatis, & ex clausulis, seu vicinis scripturis mens disponentis colligitur, l. qui filiabus, ff. de leg. 1. l. vsuris, §. fin. vbi Bart. ff. de leg. 3 l. si seruus plurium, §. vltim ff. de leg. 1. vbi notat Accursius, l. hæredes palam, §. sed etsi notam, ff de testamen ibi: *Vtique placet coniecturam fieri eius, quod reliquit, vel vicinis scripturis:* optima l. Lucius 85. ff. de hæredibus instituend. vers. *Nam prudens consilium testantis.* Menoch de præsumpt. lib. 1. præsumpt. 18. nu. 3. & 4. Afflict. decis. 44. num. 27. Craueta, cons. 220. per tot. Alex. cons. 94 num. 1. Surdus, cons. 89. num. 40. Molin lib. 3 cap. 5 n. 6 & lib. 3 cap. 3. num. 34. Peregrin. cons. 73. num. 2. Mier. 1. part. q. 51. num. 206.

57 ¶ Vnde cum differentia constituatur inter exclusionem, & suspensionem, seu cessationem vocationũ, ex Gratiano, c. 695. num. 18. & cap. 447. num. 35. & cap. 890. num. 32. Dom. Molina,

lib. 1. cap. 6. num. 22. & lib. 3. cap. 10. num. 36. Marta, de succesſione legali, part. 1. quæſt. 13. artic. 9. num. 33. Dom. Caſtil. tom. 5 cap. 91. n. 61. Fonta. tom. 1. clauſ. 4. gloſ. 25. n. 17.

58 ¶ La excluſion de los naturales no fue abſoluta, ſed tantum reſpectiua a los deſcendientes de Gonçalo Meſsia, y mientras ellos viuieſſen; non verò para quando huuieſſen faltado, que es el caſo que ha ſucedido. Y aſsi acabada aquella linea, no repitio el teſtador la calidad de legitimos, y de legitimo matrimonio, tan enixamente no ſe acordo della en los deſcendientes de Iuan Nuñez ſu hijo natural: ni en caſo que huuieſſe de llegar a hazer eleccion el vltimo poſſeedor, lo pidio mas que en la perſona del actual ſuceſſor en quien ſe hizieſſe el nombramiento.

59 ¶ Y querer afirmar que ningun deſcendiente del inſtituydor tranſuerſal, o eſtraño nombrado por el vltimo poſſeedor, o por ſu Mageſtad (en el caſo que conforme a la inſtitucion ſe le dà derecho de elegir) no puede ſuceder en virtud de ſu nombramiento, ni tiene derecho de eleccion paſsiua, porque algun aſcēdiente ſuyo aya ſido natural tantum, queriendo que aquel vicio influya en qualquiera de ſus deſcendiētes, y ſea cauſa para que no pueda ſer nombrado, ſeria darla a que ningun deſcendiente de algunas caſas iluſtres de Eſpaña, pudiera ſer nombrado, inuentando impoſsibles y dificultades que el teſtador no imaginò, no ſiendo veroſimil que quiſieſſe hazer ſemejante excluſion.

60 ¶ Mayormente auiendoſe inſtituydo eſte mayorazgo para conſeruacion de la nobleza, apellido, armas y generacion del inſtituydo: efectos que ſe conſiguen mediante los hijos naturales, y ſus deſcendientes legitimos, porque la l. fin. tit. 22. lib. 4. fori, y la l. 1. tit. 11. de la Parti 7. diſponen, que los naturales ſon nobles como ſus padres, vt patet ibi: *Fidalgo es aquel que es nacido de padre Hyodalgo, quier lo ſea la madre, quier non, ſolo que ſea ſu muger velada, o amiga*: vbi Dom. Gregor. verbo, *amiga*, Couar. in 4. 2. part. c. 8. § 4. num. 4. Roxas, de ſucceſsionib. cap. 15. num 16. Otalora, de nobilit. 2. part. 3. partis principalis, part. 3 num. 3 Garcia, de nobilit. gloſ. 21. nu. 33. latè Azeued. in l. 10. tit. 8 lib. 5. Recop. n. 51. Tell. Hernand. in l. 11. Taur. n. 2. dicens, ita paſsim iudicari, Gutierr. lib. 2. pract. quæſt. quæſt. 105. num. 2. Anton. Gom. in l. 9. Taur. num. 54 Matienç. in rubric. tit. 2. lib. 5. gl. 1 n. 126. Molin. lib. 1. c 8. Riccio, collect. 761. D. Caſtil. lib. 5. c. 125. n. 3.

61 ¶ Hinc prouenit, que aunque el cap. 1 de las ordenanças de la Caualleria de Santiago, en el titulo de las calidades, diſpone, que el que huuiere de tener el abito de aquel Orden, ha de ſer Hijodalgo, el cap. 2. del miſmo titulo diſpone expreſſamente, que los naturales lo pueden tener, teniendo por conſtante que ſon nobles, vt patet ibi: *Y los naturales deſcendientes de ſoltero y ſoltera, lo puedan*

270

dan tener:con que se excluye el argumento que haze el señor Molin.de primog.lib.1.c.4.n.46 & seqq.

62 ¶ Y haziendo estas leyes nobles a los hijos naturales,preciso es concederles que son de la familia , y que conseruan el nõbre del instituydor,Bart.in l.tutellas,num.3 C. de capitis diminut.Mier.2 part.quæst.2.num.27.plures referens Ioan. Gutierr. lib.2.pract quæst.quæst.165.num.2.Peregrin.de iure fisci,titul. de naturalib.liber.num.9.& in tractat.de fideicommiss cap. 22. num.80.Ioseph.de Rusticis,in l.cum auus,de conditionib. & demonstration vbi cum alijs subscribit , que la nobleza en los descendientes prouiene de continuarse en ellos la sangre de sus mayores,vt in l.liberorum,in fin.ff.de verbor.significat. ibi : *Ideò filios,filiasve concepimus,vt ex prole eorum , earumve , diuturnitatis nobis memoriam in æuum relinquamus.*

63 ¶ Y si los espurios no son agnados,ni conseruan la agnacion:quia neque patrem habere intelliguntur, vt in §. si aduersus,Instit.de nuptijs,iuncto §.vulgo,Instit. de success. cognat. los hijos naturales en quien cessa esta razon , per argumentum à cõtrario sensu,es fuerça que confessemos que son della, y la conseruan,vt resoluunt Azeued.cons.24.dubio 3.num.28.& 30.Villalpando,in l.2.tit 1.part.7. 2.part.§.sed iuxta prædicta quæro,nu. 2.& 3.Flores Diaz de Mena,in pract.quæst.cap.16.artic 2. §.2. num.9.Menoch.presumpt.84.num.14.lib.4. Gutierr. practic. lib.4.quæst.155.num.2.& lib.3.quæst.81. num.7. Y assi la duda que mueuen Nicolaus Garcia,de beneficijs , 7. part. cap. 15. ex num.36.cum pluribus quos refert,Bart. in l. vltima , num 1. C.de verbor.significat.cum citatis a se,liter.D. de si los ilegitimos son,o no,de la agnacion y familia,procede vt ex eorum lectione deprehenditur en los bastardos,o espurios : non verò in naturalibus,quorum melior est conditio,vt tradit Azeued. in l. 11. n.48.tit.6.lib 5. Recop.

64 ¶ Inde etiam prouenit, que suceden en los mayorazgos y bienes perpetuos honorificos, dexados para el lustre y conseruacion de la familia,vt in terminis notarunt Alexand. cons. 163. num.7.inter consilia diuersor.vltimar.volunt.tom.1.Socin.consil.102.num.7.vers. *Restat igitur*,Cardinal.Mantic. de coniectur. lib.8.tit.17.num.11.ibi : *Item si certa quantitas fuerit relicta puellis, quæ sint nobiles de nobili domo,familia casata,vel parentella intelligatur, etiam de naturalibus,si tamen ita se habeat communis vsus loquendi,& patriæ consuetudo,quod naturales etiam appellantur de domo familia,casata, vel parentella*:optimè Bart.in l.vltima,C.de verbor. signif. nu. 1. vers. *Et ideò si communis modus loquendi*, Vincentius Fusar.de substitution.fideicommissaria,quæst.360.num 7. in fin. & quæst. 361. num.16.ibi: *Si tamen concederetur naturalibus, & illegitime natis ferre*

arma,

arma, & insignia familiæ, & dicentur de domo, & adm ittentur ad post commissum dignitatis. Azeued. cons. 24. num. 24. vbi cum Alciato etiam seclusa consuetudine hoc admittit in naturalibus: prout etiam succedunt in fideicommissis, & maioratibus, legitimis deficientibus, Greg. Lop. in l. 2. tit. 15. part. 2. verbo, *la hija mayor*, versic *Quid autem*, & in l. 32 tit. 9. part. 6. verbo, *No valdrà*, col. 6. Peregrin. de fideicomm. art. 28. num. 43. Mantica, de coniect. lib. 11. tit. 9. num. 2. Tiberio Deciano, respons. 33. num. 10. tom. 5. Ceph. cons. 656. num. 38. Farinac. 2. tom. decisionum, post consilia, decis. 350. num. 2. Molina Theologo, tract. de iust. & iur. dispu. 62. num 8. & attenta l. 27. Taur. tradit in terminis Auendañ. in dict. l. 27. glos. 2 num. 14 Acacio Antonio Ripol, in l. Titio centum, de conditionib & demonstrat. num. 145. D. Francisco de Leon, decis. Valen 80. à num. 10. dicentes; obtinuisse naturalem aduersus transuersalem legitimum, tam in tenuta, quam in Cancellaria super proprietate. precipue no estando excluso expresamente

65 ¶ Y fuera r gor auiendoles concedido a los hijos naturales la nobleza, que es la principal sucesion, no darles los bienes que son accessorios, como vinculados para el ornato, lustre, y cõseruacion de la casa, l. ad subeunda, C. de decurionib. lib. 10. y alli la glos. en la palabra, *ad subeunda*, ait: *Vt honorem cum sumptu conseruet*, insinuans non posse nobilem, nobilitatem sine sumptu, & bonis conseruare, eleganter Bart. in l 1 C. de dignitatib. lib. 12. & colligitur ex l. 44. tit. 5. part. 5. ibi: *Si dixere, quiero que tal cosa no sea enagenada: mas finque siempre a mis fijos, o a mi heredero, para que sea siempre mas honrado y tenido.* Tiberius Decianus, cons. 7. num. 26. vol. 1. ibi: *Ne per* ~~*decisionem*~~ *bonorum pauperior fiat, & vilescat familia*: quo etiam argumento vtitur, Gonçalez, 7. part. cap. 15. nu. 49 vt probat naturales esse de genere, ac familia institutorum, vbi alios sic tenentes congerit, Gutier. lib. 3 q 81. nu. 7. cum seqq. & q. 155. n. 1. & 2.

66 ¶ Vnde la costumbre de España tiene recibido el admitirlos a la sucession de los mayorazgos, vt testatur cum innumeris Barbos. axiomat. 197. num. 3. Caldas Pereyr. cons. 9. num. 80. Azeued. in l. 2. tit. 6. lib. 5. Recop. num. 45. idem in cons. 24. n. 31 ibi: *Cum respiceret nostram Hispanam consuetudinem gaudendi, naturales filij nobilitate parentum*: concluyendo con dezir, que vn hijo natural obtuuo en vn mayorazgo en la tenuta en el Consejo, y en la propiedad en la Chancilleria, Greg. Lop. in l. 32. titu. 9. part. 6. glos. 3. quæst. 9 verbo, *no valdrà*, ibi: *Aduerte etiam circa prædicta, quod etsi expresse non vocentur filij naturales ad maioriam in defectum legitimorum, ex eo quod quis facit maioriam in filium maiorem, & cæteros descendentes ordine primogenituræ, videtur quod sint vocati filij naturales.*

67 ¶ Y en tanto grado es cierto el derecho de los hijos naturales

turales ad prædictam succesſionem, que excluyen a qualquiera ſubſtituto, ſtante illa clauſula, *ſi ſine liberis*, l. ex facto, §. ſi quis rogatus, ff. ad Trebellian. l. generaliter, § cum autem, C. de inſtitutionib & ſubſtitut. ibi: *Et non aliter locum accipere, niſi liberi ſine iuſta ſobole deceſſerint, & quod inter iuſtos liberos ſancitum eſt, hoc & in naturales filios extendatur.* vbi gloſ. verbo, *ſobole*, in principio, Socin. in l. cum auus, num. 61. ff. de conditionib. & demonſtrationib. eleganter Cuiacius, in paratlita, ad tit. de concubinis, Benedictus de Barcis, in tractat. de filijs non legitimè natis, num. 16. Anton. Faber, in iuriſprudencia Papiniana, tit. 9. de nuptijs, princip. 2. illation. 1. fol. mihi 380. ad fin.

68 ¶ Y aſsigna la razon el texto en el Authentico quibus modis natural. efficiuntur legitimi, §. ſi quis ſanè, ibi: *Neque enim à principio, quando ſola natura ſantiebat homines, ante quam ſcriptæ prouenirent leges, fuit differentia naturalis, atque legitimi*: & de facili reuertitur res ad ſuam naturã. Vnde el afecto y amor del padre ygual es circa filios legitimos, & circa naturales tantum, Bald. in cap. quæ in Eccleſiarum, num. 43. de conſtitutionibus, Paleothus, qui plures refert, de nothis, & ſpurijs, cap. 34. n. 1. Andreas Tiraquel. in l. ſi vnquam, verbo, *donatione largitus*, C. de reuocand. donation. numer. 235. & explicant, Bart. Caſtrenſ. & alij DD. Surd. conſil. 89 num. 36. Benedictus de Barcijs, tract. de filijs non legitim. à num. 16. qui omnes affirmant naturalem filium ſubſtitutum excludere, ſequuntur plures relati à Molina Theologo, de iuſt. & iur. tractat. 2. diſput. 190. in fin. verſ. *Maius autem*, Padilla, qui dicit communem, in l. cum accutiſsimi, num. 32. C. de fideicom. & eſt text. in l. 10 tit. 4 part. 6. vbi Gregor. gloſ. 8. ibi: *Vt iſto caſu intelligatur ſecundum ſubiectam materiam, vt etiam naturales comprehendantur, & ſpurij ſolum excludantur.*

69 ¶ Hinc etiam prouenit, que ſe admiten al retracto de bienes patrimoniales, como de la familia, vt ex Antonio Gomecio, & Ciſuentes, reſoluit Gutierr. lib. 2. pract. quæſt 155. num. 2. Et ad iura ſepulchrorum, quæ familiæ ſunt, vt probat Sebaſtianus de Medicis, in tractat. de ſepulturis, 1. part. cap. 7. num. 22. & ante eum Sylueſter in ſumma, verbo, *ſepultura*, n. 4. Roxas, de ſucceſſ. cap. 20. num. 120.

70 ¶ Prout etiam ad ſucceſsionem emphyteuſis receptæ à priuato, *pro ſe, & liberis*, vt probant plures quos refert & ſequitur, dicens communem Iulius Clarus, §. emphyteuſis, quæſt. 30 per totam.

71 ¶ Tienen derecho de ſuceder a ſus padres en las mejoras, aunque no los inſtituyan por herederos, Ceruantes, in l. 6. Taur. num. 141. & ſeqq. por ſer diſpoſicion legal de la l. 27. de Toro, que deſpues de los deſcendientes legitimos dio primero lugar a los

los naturales, que a los ascendientes legitimos, ibi: *Y a falta dellos que lo puedan hazer entre sus descendientes ilegitimos que ayan derecho de lo poder heredar:* Matienç. in l. 11 glos. 5. tit. 6. lib. 5. Recopil. nu. 2. & 3. vbi Azeued. numer. 43. & 44. & cæteri Regnicolæ, in l. 11. Tauri.

72 ¶ No solamente pretendemos que pudo el posseedor vltimo deste mayorazgo llamar para despues de sus dias a la sucession de el, a doña Maria Messia, y don Diego Messia de Prado su hijo, eligiendolos: mas assimismo que necessaria y precissamente deuio nombrarlos, conformandose con la voluntad de el instituydor, que tratando de los nombramientos, y facultad que dio para hazerlos, la restringio a sus descendientes, no permitiendo que auiendolos se pudiessen nombrar otros, vt patet ibi: *Con tanto que sea de mi generacion*; & suponunt etiam verba illa clausulæ: *Aunque ays otros deudos de mi generacion que pudieran suceder en el dicho mayorazgo.* Y supuesto que es hecho cierto de que no se duda que no ay otro descendiente alguno del instituydor, mas que don Diego Messia de Prado, en las palabras que auemos referido, tiene especifico y literal llamamiento, y le conuienen, y se verifican en sus persona; y por el consiguiente ha de verificarle la disposicion, cum certissimum sit, quod *generis, seu generationis appellatione*, tantum comprehenduntur descendentes, vt latissimè tradunt Cardinal. Thusc. per integras duas conclusiones in ordine 38. & 39. tom. 4. verbo, *generatio*, Vincentius Fusa. in tract. de fideicommissaria substit. quæst. 329. per totam, Dom. D. Ioan. del Castil. c. 93. §. 18. num. 3. & seqq. tom. 5. Ioseph á Sese, decis. 49. Regni Aragonum, num. 13. qui omnes ex quampluribus iuribus, & authoribus à se relatis, hoc quidem comprobant in descendentibus ex femina, Dom Perez de Lara, lib. 2. cap. 2. num. 9. 10. & seqq. præcipuè mientras ay descendientes, y puede tener efecto la disposicion, sin impropriar las palabras, vt tradit num. 15. videndus Gabriel Pereyr. de Castro, decis. 8. per totam, adonde hablando en otra facultad de elegir que se concedio al vltimo posseedor para que nombrasse a los de la generacion de Ana de Freyle su madre, resuelue que se determinò en el Senado, concordes todos los Iuezes, que no pudo hazerse nombramiento en transuersal, y se declarò por nulo, prefiriendo al descendiente de Ana Freyle, y a su hijo, que assimismo se opuso, sin embargo de que su padre auia quedado excluydo expressamente por cierta contrauencion que hizo a lo dispuesto por el testador, & iterum decis. 14. per totam, vbi probat filium naturalem cum electione, & sine illa præferri substituto.

73 ¶ Y no podrà replicarse, que aunque en las palabras, *con que sea de mi generacion*, estan comprehendidos solamente los descen-

 92

cendientes,se han de entender solamente los legitimos,no los naturales. Porque respondemos,que lo contrario es cierto: verbum enim,*generatio*,habet naturalem causam,Tusch conclus.39.verb. *genus & generatio*,num 6.ibi : *Quia generatio est nomen naturæ descendens ab actu naturali,scilicet generando, vnde hac appellatione etiam bastardi veniunt: vt tradit in terminis Matthæus de Afflict. super 3. feudorum, titul. si de feudo fuerit controuersia, §. naturalis filij, num. 13. fol. 28.* imò etiam de sanguine, & familia institutoris dicuntur, Alciato,in l.pronuntiatio,§.familię,ff.de verbor.signiff. Gutier. lib.2.quęst.155.num.2.Mieres,2 part.quæst.2.num. 136. Azeued.cons.24.num.22 Fusar.quæst 364 num.8.vers. *Naturales autem veniunt*,& quæst.365.num 6. quæst. 368. num. vltim & 369. numer. 4. Graciano cap. 227.

74 ¶ Mayormente no tratando de comprehenderlos en competencia de legitimos,sed illis iam finitis: quo casu etiam adstantibus ascendentibus,possunt succedere legis permissione in omnibus bonis patris,si eis relinquantur, iuxta tradita ab omnibus, in l.10.Taur.& etiam abintestato legales sunt successores parentum in duabus hæreditatis vncijs, Authent.licet,C. de naturalib. liberis,l.8 tit.13.p 6.Matienç.in l 9.tit.8 lib.5 gl.1.n 1. Gometius,in l 9.Taur n 4.

75 ¶ Et descendentium appellatione continentur, vt manifestè deprehenditur ex l.27. Tau.cum ibi notatis a Doctoribus, præcipuè cũ verbis naturalibus,vt sunt illa, *de mi generacion*, vsus est institutor,ex traditis à Bart.in l.tutellas,num. 4. ff. de capitis dimin & in l.pronuntiatio,§.familiæ,ff de verb.signif. Benedict. de Bartijs,de filijs non legit.natis,num 15. Azeued cons. 24. nu. 29.Nicolas Garcia,de benef.7.p.c.15.n.53.Gonçal. in regul.8. Cancellarię,gl 5.n.121.

76 ¶ Tum etiam,porque don Diego Messia por su persona es legitimo,y aunque prouenga de ascendiente natural, los hijos naturales en España son de la familia, retienen las dignidades, y nobleza de sus padres, vt diximus num. 60. cum seqq. & habent ius succedendi in maioratibus,præcipuè si de tertio,& quinto bonorum, seu legitimis filiorum ab ascendentibus constituantur, iuxta inferius dicenda:vnde multo minus inficiari poterit, quod de generatione dicantur,argum.text.in Auth.multo magis,C.de Sacrosanct.Ecclesijs,pręcipuè vigente consuetudine,de qua Azeued.cons.3.nu. 11. qui in fortioribus terminis, in bastardis scilicet loquitur.

77 ¶ A que no obstarà dezir., que en la facultad que dio el instituydor al posseedor vltimo, se la dà para nombrar a esta sucesion la persona que el quisiere,vt patet ibi: *Otro si digo,que porque por vna clausula deste mayorazgo doy poder al dicho Gonçalo Messia*

mi

mi hijo, para que si en algun tiempo fuere destajada su generacion, pueda nõbrar la persona que quisiere: con que parece, que la facultad que dio fue libre y absoluta: y assi pudo elegir la persona que quisiesse, aunque no fuesse descendiente, o de la generacion y familia de el instituydor, argument. legis cum quidam, ff. de leg. 2. l. fideicõmissaria libertas, ff. de fideicommissarijs libertatibus, & tradit Bart. in extrauaganti ad reprimendam, verb. *Videbitur*, n. 3.

78 ¶ Porque se responde, que demas de que estas palabras estan restringidas, taxatiua illa dictione, *con tanto que sean de mi generacion*, en que no estan comprehendidos transuersales, præcipuè mientras ay descendientes, iuxta iam dicta, no son dispositiuas, como de su inspeccion parece, sino enunciatiuas, o relatiuas de la clausula, en que se concedio la permission de nombrar a Gonçalo Messia primer posseedor, y a sus descendientes, y en esta las palabras son: *Por la presente escritura le doy todo poder cumplido, y facultad, tal qual de derecho se requiere, y es necessario al dicho Gonçalo Messia mi hijo, o a su hijo, o nieto, para que pueda nombrar, y nombre persona que suceda en el mayorazgo*: a cuya causa las que se refieren a ellas, han de seguir su misma naturaleza: cum relatum sit in referente cum omnibus suis qualitatibus. Authentic. si quis in aliquo documento, C. de edendo, cum similib. Quando sin perjuyzio de la verdad esto cessasse, y la facultad de elegir se concediesse con palabras amplissimas, se deuen regular segun la sugeta materia de que se trata, interpretandolas cõforme a ella, l. si vno, ff. locati, l. si stipulatus, ff. de vsuris, l. si insulam, in princip. ff. de præscriptis verbis, latè Surdo, decis. 279. num. 9. & decis. 320. num. 20. Garcia, de nobilit glos. 1. §. 1. num. 40.

79 ¶ Hinc in simili videmus, que concedida la inuestidura del fundo para vno y sus descendientes, aunque en ellos, aliàs esten comprehendidas hembras, tamen por la sugeta materia de feudos, a cuya sucession no se admiten: aquella palabra, *descendientes*, que de su naturaleza es tan general, queda limitada, y restringida a solos varones, vt in cap. 1. §. penult. de lege Conradi, in vsibus feudorum, vbi firmant Imol. Paul. Alexand. & alij DD. in l. ex facto, §. fin. ff. ad Trebell. Decio, cons 18 & cons. 208. vbi latè aliàs, seria fuerça conceder al vltimo posseedor potestad para nombrar qualquiera transuersal, o estraño de la familia, omitiendo etiam a los descendientes legitimos de el instituydor, por dezir que las palabras de que vsò son tan amplias, quod quam absonum, & aduersus ipsius mentem sit, non est qui non videat, & colligitur ex traditis ab Accacio, Anto. Ripol. c 13. varia. n. 44.

80 ¶ Y por auerse instituydo este mayorazgo para tener el apellido y armas del instituydor, conseruar su memoria, y que su generacion pormanezca, como de la institucion parece, & regu-

lariter

lariter in alijs maioratibus docet Molin.lib.1.cap.4.num.13. La facultad de poder nombrar deue entenderse entre descendientes del mismo fundador, regulando a ellos el arbitrio para no ofender su voluntad, l.3.ff de vsuris, cum vulgat. Socin.cons.47.nu.6. lib.3. Parisio, cons 72.num 8.lib.4.

81 ¶ Y supuesto que haziendo mencion de la facultad de elegir, para en caso que huuiesse de vsar della el vltimo posseedor, por morir sin descendientes, nombrò el instituydor a vn descendiente hijo suyo natural, caducado este nombramiento, por auer premuerto, es visto que quiso que el elector tuuiesse obligacion precisa de hazerlo en otro su descendiente de la misma calidad; y que al que la tuuiesse, lo tuuo por de su generacion y familia, apto para conseruar su apellido y nombre: maximè siendo por su persona legitimo, como lo es don Diego.

82 ¶ Y no ay exemplo, ni interpretacion mas ajustado a la voluntad del testador que su mismo hecho, Menochi. lib. 3.præsumpt.79 num.17.& 18. Ioan Lupus, de illegitimitate, commẽtario 1.§.4 num.22.vers. *Restringitur secundo*, & num.26. versicul. *Quæ extensio declaratur.* Vnde en concurso de parientes se deuio hazer la eleccion en el que mas se adequasse al dicho Iuan Nuñez, hijo natural del fundador, l.si seruus plurium, §.vltim. ff de lega. 2.l.hæredes palam, §. sed etsi notam, ff.de testamen.l. qui filiabus in princip.ff.de leg.3. Menochio, lib.1.præsumption 18 num 3.& 4. Crauet.cons.220.num.5. Afflict.decis.44.num 27 Y entre todos ninguno ay que se ajuste con la voluntad del fundador, mas q̃ don Diego Messia, por no auer otro descendiente suyo, ni que tẽga la calidad de legitimo como el.

83 ¶ Vltima enim testantis consuetudo attenditur, l.mella §.si alimenta, ff de alimentis, & cibarijs legat. Aretin.in dict. l. si seruus plurium, §. si in medio, ff. delegat. 1. Greg.Lop.in l. 24. tit.9.part.6.glos.2. Anton.Gom.2.tom.cap.11 n.48.in fin. Bartholom.Socin.cons 251.n. 1.

84 ¶ Y las mismas conjecturas de voluntad que se consideran en Pedro Messia instituydor, para el llamamiento y eleccion que hizo en Iuan Nuñez su hijo natural, se han de juzgar continuados en sus nietos, y demas descendientes, vt eleganter dicit Bald.in l.cum accutissimi, col.1.vers. *Quæro si pater*, C.de fideicõmiss. Curtius senior, cons. 44. num. 19. vers. *Et secundum glosam*, Cephal.cons.293.num.3.lib. 2. ibi: *Quam enim charitatem testator habuit ad filiam, eandem etiam habet continuatam ad nepotem*, & cons. 364.num.40. & probatur in l. publius, §. 1. ff. de condit. & demonstrat. Y estas conjecturas se han de tener por claras, y express a voluntad, l.licet, ff.delegat.1. Durandus, de arte testandi, tit. de substitut.cautela 26.in fin. ibi: *Quia testatoris etiam coniectura ta vo-*

luntate fideicommissum restringitur, & ampliatur. Socin.cons. 63. col. 1.lib 3.Paris.cons.30.num.3.lib.2. Siendo como es verosimil y cierto que el fundador quiso que el vltimo posseedor nombrasse en la misma conformidad que el auia nombrado, l. cum seruus, propè fin. vertic. *Nam & si viuus*, de condition. & demonstrat. Castrens.in Auth res quæ,n.10.C.communia deleg.

85 ¶ Y bien reconocio el primero y vltimo posseedor deste mayorazgo, que en defeto de los descendientes legitimos de Gõçalo Messia en quien se fundo, estauan comprehendidos y llamados los descendientes legitimos de naturales, y que deuia hazer eleccion en ellos, por ser de su generacion, pues en la que hizo el año passado de 1585. luego que murio el instituydor, veynte y quatro años despues que le auia fundado, nombrò para que sucediessen a doña Maria Messia de Prado, y a sus descendientes, declarando que en nombrarla, cumplia con su voluntad, como quiẽ la auia entendido del, y comunicadolesla, vt patet ibi: *Y vsando del dicho poder y facultad, y pa a cumplir con la voluntad, e intencion del dicho fundador.* Quæ declaratio vltimi possessoris plurimum valet, & à iudicibus sequenda est, vt cum pluribus resoluit Dom. Molin.de primogen.lib 1 cap.8.num.38 & in testatoris hærede resoluit etiam Dom D.Ioann. del Castill cap.183 à num.1 libr.5. tom.6.dicens cum Cæsare Barcio, non posse à declaratione semel facta recedere, & alios congerit c.161.n.20.

86 ¶ No solamente funda su pretension don Diego Messia en la eleccion irreuocable que en su persona, y de los demas descendientes de doña Maria Messia su madre hizo y deuio hazer el vltimo posseedor, ajustandose a la voluntad del instituydor, y calidades que requirio en las personas *de su generacion*, que huuiessen de suceder actualmente en este mayorazgo: verumetiam en que no pudo quando quisiesse excluyrlo, dexar de llamarlo a esta sucession: y deue suceder, no quedando (como no ha quedado) otro su descendiente: suponiendo que los bienes de que tratamos fueron legitimas de los hijos, y tercio de bienes del instituydor, en que ambas partes van conformes sin negarlo, ni pudieran, assi porque auiendo pedido facultad Pedro Messia instituydor, para fundar este mayorazgo, no es verosimil que auia de pedirla, pudiendo instituyrlo sin ella, l.1.C.de thesauris, lib.10. ibi: *Vt superfluum sit hoc precibus postulare, quod iam legibus permissum est, & Imperatoria Maiestatis videatur præuenire liberalitas postulanda*. l.cum per absentiam, C.quibus non obijcitur longi temporis præscriptio, l.1.ad fin.vers. *Nec enim debuisse*, iuncta glos. verbo, *parentibus*, in medio, ff.ad municipalem, & deincolis, l. in causę la 2. in ordine 17.ff.de minoribus, Bart.in l.ex facto, num.1.ff de vulgari, vers. *Oppono ad primam partem*, Greg.in l.6.tit.11.part.6. verb. *que la non*

pudiesse

pudiesse vender, col. 6. circa fin. ibi: *Quasi sit pro certo habitum aliter non posse de iure fieri: quia frustra precibus impetratur, &c.* como porq̃ del testamento que despues otorgò, se colige que no tenia, ni tuuo otros bienes: pues mandò que de los vinculados se diesse el quinto, y mil ducados a Ysabel Messia y Blanca Nuñez sus hijas, y hizo otras mandas, disponiendo, que el posseedor alimentasse, y tuuiesse en su casa a Iuan Nuñez abuelo de don Diego, vsando para esto de la reserua que en la fundacion se dexò De que se manifiesta, que el quinto de los bienes de que pudiera auer dispuesto en fauor de estraños, se consumio en las mandas graciosas que hizo: y assi por esto, como porque bona omnia præsumuntur de legitima filiorum, & tertio ipsorum, es preciso confessar que con esta institucion quedaron grauadas las legitimas de los hijos, y tercio de los bienes del instituydor, que respecto de los estraños se consideran de la misma calidad que las legitimas.

87 ¶ Vnde luego que se acabaron los descendientes legitimos del instituydor, deuio precisamente llamar a sus descendiẽtes ilegitimos naturales antes de llamar a don Pedro Messia, ni a su padre, ni a otro algun transuersal del instituydor: por ser como es cierto que no pudo pretermitir los llamamientos, orden y forma que se propone para hazerlos en la l. 27. de Toro, quæ est hodie l. 11. tit. 6 lib. 5. Recopil. en cuyos terminos resueluen los Doctores, que el que funda mayorazgo de las legitimas, y tercia parte de bienes, tiene obligacion a llamar antes a los descendientes ilegitimos, que a los transuersales, Dom. Castil. libr. 2. cap. 30. à num. 11. cum seqq. & cap. 166. num. 3. vers. *His tamen non obstantibus*, tom. 6. Gutierr. lib. 2. quęst. 67. num. vltim. aunque la fundacion se haga en uirtud de facultad Real: y no los llamando, la ley suple y haze los llamamientos como si el instituydor los hiziera, reduziendolos al orden y forma que alli se propone, ita tenent Palacios Rub. in quæst. maioratus, quæst. 1210. & 1211. & cum Molin. lib. 1. cap. 4. n. 30. vers. *Comprobatur*, Burgos de Paz, in quæst. ciuilibus, quæst. 2. num. 74. Gutierr. lib. 2. pract. quæst. 67. nu. 1. Molin. Iesuit. de iust. & iur. tom. 3. q. 609. n. 6.

88 ¶ Y aunque Antonio Gomez in l. 40. Taur. num. 55. versicul. *Secundus effectus*, Tell. Fernandez, in l. 27. Taur. num. 14. Matienç. in l. 11. tit. 6. glos. 11. num. 3 lib. 5. Recop. dan a entender, q̃ fundãdose el mayorazgo con facultad Real, no es necessario guardar la forma de la l. 27. de Tor. eorum opinio generaliter, prout iacet sumpta, vera non est, y podria solamente proceder quando la facultad derogasse expressamente a la l. 27. de Toro, y al orden y forma que cõstituye: o si las clausulas, y palabras dellas fuessen tan amplas, que permitiessen llamar a la succession a descendientes transuersales, o estraños, o personas q̃ el instituydor quisiesse

siesse, dexandolo a su libre, y absoluta voluntad: vt euidenter colligitur ex locis vtriusque Molinæ, supra citatis, Azeued, in l. 11. num 34. tit. 6. lib. 5. Recop. Gutierr. dict. libr. 2. pract quæst. 66. per totam, loquens in terminis, quibus facultas concessa est, *Aduocandas personas, quas parenti libuerit*, Velazq. de Auendañ. in l. 40. Taur. gl. 1. n. 67. & seqq. vbi n. 68. sic: *Quod licet sub dubio restringit Molin. dict. cap. 11 num. 16. ad fin quando ex licentia datur libera facultas substituendi ad libitum extraneos, cum de potestate Regia non sit dubitandum, cui libenter accedimus, si facultas ita generalis sit, quod in dubium potestas eius circa substitutionem extranei reuocari non possit*: quo etiam sensu sunt accipiendi, Dom. Castill. lib. 4. c. 36. num. 27. versicul. *Imo casus hic*, & tom. 6. cap. 165. num. vltim. Mier. de maioratib. in initio primę partis, num. 11. vers *Nam videtur quod nisi illa lex.* Et vers. *Quod maximè procederet*, ibi: *Vt puta si dicatur, quod institutor maioratus possit apponere grauamina, & substitutiones, & vocationes quas liberè voluerit: nam ex hoc videtur Princeps concedere, quod possit apponere vocationes, præter, & contra ius commune.*

89 ¶ Ex quibus, & aliorum DD verbis, se colige, que no se contentaron con que la facultad diga que se dà licencia al instituydor para que haga los llamamientos que quisiere, immò se ha de añadir en ella que los haga libremente, verba enim illa: *Pro libito voluntatis, & liberè*, si iungantur simul tanquam geminata operantur ampliorem libertatem, quam si vnum eorum simpliciter apponeretur, vt tradit Cardinal. Tusch. verbo, *dictio*, concl. 307. per tot. optimè Surd. decis. 272. n. 13 & 15.

90 ¶ Aliàs verbum illud, *quisiere*, seorsim sumptum, no es de tanto efecto, porque muchas vezes denota segun la sugeta materia, arbitrio, l. illa institutio, ff. de hæred. instit. l. vtrùm, § cum quidam, ff. de reb. dubijs, Menoch. de arbitrar. lib 1. quæst. 7. nu. 30. Villalob. tom. 2. commun. opinion. lib. 9 tit. 34. num. 355. Molin. de primoge lib. 2. c. 5. n 16. & 17.

91 ¶ Prout verbum, *liberè*, licet amplissimum, denotet effectum, vt colligitur ex Mier. vbi supr. glos. in cap. 1. de sepulturis, lib. 6. cap. 2. de locato cap. statuimus, de regularib. cap. cum plures, vbi glos. verbo, *liberè*, de offic. delegat. in 6. Aluerico, in dictionario, verbo, *liberè*, Pereyr. de renouatione emphyt. quęst. 8. num. 10. cum seqq. Tusch. liter. L. conclus. 335. num. 15 Recipit restitutionem à iure, iuxta aliarum legum determinationem, Rebuf in concordantijs, rubrica de collatione, §. præfati, verbo, *liberè*, vers. *Et an verbum*, Menoch. dict. quæst. 7. num. 36. Barbos de dictionibus, diction. 164. numer. 6. Tusch. concl. 306. numer. 10. verbo, *Dictio*.

92 ¶ De què resolutiuamente se infiere, que auiendo voluntad expressa del Principe, verificada por el tenor de la facultad, de

de que quiso disponer con la forma de la ley 27. y dar libre permission al instituydor, para que omitiendo a los descendientes legitimos, o ilegitimos, pudiesse llamar a los ascendientes transuersales, o estraños, podrá entonces el instituydor vsando della, hazer los llamamientos como quisiere, prefiriendo los estraños y transuersales a los descendientes: cũ enim de Principis l. queat voluntate, de potestate eius non est disputandum: esset enim instar sacrilegij, vt simili inquit text in l. disputare, de principali iudicio, 2. C. de crimine sacrilegij, quo sensu est accipiendus Garcia de nobilitate, glos. 1. §. num. 29. vers. *Tertio in vltimis voluntatibus*, ibi: *Primus casus est, quando expressè constituitur maioratus per verba expressa inter exteros aut inter filios, & descendentes cum facultate Regia abrogatis legibus quæ sunt de legitima conseruanda, &c.*

93 ¶ Y que la facultad en cuya virtud se instituyò el mayorazgo sobre que se litiga no sea ampla, ni tal que della pueda colegirse voluntad de su Magestad, para priuar a los descendientes de la sucession, prefiriendoles a los estraños, o transuersales, consta manifiestamente de su inspeccion, pues como por ella se vee, la concedio su Magestad a Pedro Messia instituydor, para que hiziesse el mayorazgo en Gonçalo Messia su hijo, y en sus descendientes, y a falta dellos en otras personas, vt patet ex relatione Principi facta, ibi: *Queria hazer otro en Gonçalo Messia de Prado su hijo, y en sus descendientes, y a falta dellos en otras personas.* Et in decissione, seu conclusione facultatis, ibi: *Y traspassar los dichos bienes por via y titulo de mayorazgo en el dicho Gonçalo Messia de Prado su hijo, y en sus descendientes, y a falta dellos en otra persona.*

94 ¶ Ex quibus verbis si benè perpendantur, conuincitur, que la facultad fue limitada a los descendientes del instituydor, suponiendo, quod verba illa: *Y en sus descendientes*, apel[?]n y aplican su formal significado, super illis, *en el dicho Gonçalo Messia de Prado*: demanera, que por descendientes alli es preciso entender los de Gonçalo Messia primero llamado, y no los del instituidor.

95 ¶ Vnde verba illa: *Y a falta dellos en otra persona*, no pueden ni deuen entenderse de estraños, ni transuersales al instituydor, sino de transuersales al primero llamado, y descendientes del instituydor, como lo es don Diego, y lo era Gonçalo Messia, y sus descendientes, en quien se fundò el mayorazgo, a quien se refierẽ las palabras, *y a falta dellos en otra persona*: dictio enim illa, *otra*, latine *alia*, est repetitiua similium, y siempre que se vsa della en las disposiciones, se entienden llamadas y substituydas personas, de la misma calidad y naturaleza que las declaradas antes, vt latissimè ex multis comprobat Cardinal. Tusch. tom. 2. conclus. 245. per totam, verbo, *dictio*, præcipuè cum ex mandato, seu commissione Regia, nil aliud sit inferendum, quam quod in illa expresse

comprehenditur, l. 1. C. de mandatis Principũ, immò pudiendose interpretar la facultad Real, como no derogue al derecho, ha de interpretarse asi, vt tradit in terminis Mier. 1. part. quæst. 60. num. 11. 8. & 9. in nouissima editione: y para que en virtud desta se pudiera llamar a los transuersales auiendo descendientes, era necessario que tuuiera la clausula que refiere el señor Molina, lib. 2. cap. 11. num. 16 ibi: *Y a falta dellos en otras qualesquier personas de vuestros descendientes, o transuersales, o estraños*: vt colligitur ex iam dictis, & adductis ab eiusdem Molinæ Additionatoribus.

96 ¶ Y aunque podrà dezir don Pedro Messia, que el assimismo es transuersal del primero llamado, y sus descendientes, y que assi le conuienẽ las palabras de la facultad, ibi: *Y en otra persona*. Respondemos, que no lo es en grado tan proximo, ni con la calidad de descendiente de el instituydor, como Don Diego, a cuya linea, faltando (como ha faltado) la de el vltimo posseedor, deue recurrirse precissa, y necessariamente, ansi atendiendo a la cercania al vltimo posseedor, respectu gradus successionis, vt in terminis considerat Pereyr decis 25 num. 19. vers. *Cum ergò de virtus. vtriusque nominationis*, como porque auiendo de recurrir al inmediato stipite comun, en quien ambos se juntan, que fue el instituydor, es su linea la que se subroga, y sucede en el lugar de la del vltimo posseedor que faltò, vt latè tradit Dom. don Ioan. del Castill. tom. 5 cap 93. num. 14. 24 & 25. ibi: *Et sic finita vna linea vnius fily, subrogatur altera secundo geniti, & postea tertio geniti*: videndus Gutier. lib. 2 Canonicar. cap. 14. num. 54. Fusario, quæst. 483. num. 10. Y pudiendo interpretarse aquellas palabras *en otra persona*, en descendientes del instituydor, deuen precisamente entenderse dellos miẽtras los ay, por hallarse puestas entre personas, in quibus cadit dilectio, inter quas successiuum ordinem respiciunt, & censentur (illis positis) vocati descendentes tanquã magis dilecti, iuxta latè tradita a D. Christophoro de Paz, de tenuta, cap. 34. num. 99. y porque pudiendo entenderse propiamẽte de transuersales, *per prius*, de Gonçalo Messia, non debent intelligi per posterius: cum non aliter à verborum proprietate recedi opporteat, quam cum manifestum est, aliud sensisse disponenté, l. non aliter, ff de legat. 3. & terminus annalogus per se sumptus, stet semper pro famosiori significatu, atque in simili comprobat Fusar. q. 762 num. 1.

97. ¶ Y si el intento de su Magestad huuiera sido, que Pedro Messia instituydor pretermitiera la forma que propone la l. 27. de Tor. la derogara expressamente, o dispensara con ella para este efecto, como derogò otras leyes, o le diera licencia para hazer llamamientos libremente en estraños, o colaterales, omitiẽdo a los descendientes, o para llamar a la sucession a las personas

nas que quisiesse, nulla considerata prerrogatiua, aut fauore filiorum: y de no lo auer concedido assi expressamente, siendole tã facil si quisiera declararlo, se colige manifiestamente, que no fue su intento concederlo, vt probant iura in cap. ad Audientiam, de decimis, ibi; *Nam si intelligeremus tantummodo de noualibus, vbi ponimus, de laboribus, de noualibus poneremus*: alia iura adducit Alex. in l. 3. in fin. C. de liberis præteritis, Peregrin. artic. 11. num. 15. & 37. Tiberius Decianus, cons. 17. numer. 47. lib. 1. Hieronim. Gabriel, cons. 96. num. 8. lib. 1. Franciscus Molinus, de ritu nuptiar. lib. 3. q. 24. num. 276. Mierres 1ª p. quest. 60 n° 12

98 ¶ Mayormente siendo como estas clausulas son odiosas, onerosas a la conciencia de quien las concede, y contrarias a el derecho natural, que no puede quitar el Principe, vt tradit Suaez, in l. quoniam in prioribus, C. de inofficios. testament. limit. 2. numer. 14. Gregor. Lopez, in l. 32. titul. 9. part. 6. verbo, *no valdria*, Molina, libr. 2. de primogen. cap. 1. à numer. 24. adonde afirma, que ni el Principe, ò sus consejeros que concedẽ semejantes facultades, para que pueda el padre aunque tenga muchos hijos, hazer mayorazgo en vno de todos sus bienes, ni el padre que vsa de semejante facultad, estan seguros en conciencia, por ser como esta, es clausula iniqua, y que no deuria ponerse, dãdo potestad a los padres para gratificar a vno de sus hijos en perjuyzio de los demas: quod etiam tenet Mieres, de maioratib. 1. p. quæst. 3. num. 14. & seqq. Molina Theologus, de iustit. & iur. tract. 2. disput 578. num. 5. Cuyas resoluciones, y el odio que consideran en semejantes clausulas, procede en terminos sin cõparacion mas dificultosos que los deste pleyto, scilicet quando se trata de declarar por sucessor en todos los bienes de mayorazgo a vn descendiente, en competencia de otros que assimismo lo son, vnde es preciso confessar que lo seria, mucho mas tratando de excluyr a vn descendiente del instituydor, y mas cercano pariente al posseedor vltimo por vn transuersal, en quien no concurren la calidad de proximidad, ni descendencia.

99 ¶ Sin que obste dezir, que despues de auer dado facultad para instituyr este mayorazgo *en Gonçalo Messia, y en sus descẽdientes, y a falta delios en otra persona*, se prosigue diziendo: *Que de alli adelante los dichos bienes fuessen auidos por de mayorazgo, y para que por causa alguna no se pudiessen vender, trocar, cambiar, empeñar, ni enagenar por el dicho Gonçalo Messia de Prado su hijo, y sus descendientes, y personas los huuiessen por bienes de mayorazgo inagenables, e indiuisibles, sugetos a restitucion, segun y de la manera que por el dicho Pedro Messia fuere fecho, ordenado, establecido, instituydo, y dexado en el dicho mayorazgo, con las mismas clausulas, sumissiones y condiciones que por el fuessen hechas, y quisiesse poner y pusiesse.*

Porque

100 ¶ Porque se responde, que supuesto que las palabras q̃ auemos ponderado, ibi: *En otra persona*, se verifican, y deuen precisamente entenderse en transuersales de Gonçalo Mesia, y descendientes simul del instituydor, auiendolos, iuxta iam dicta, las clausulas de sumissiones, y condiciones que se permiten al instituydor poner en este mayorazgo, han de entenderse como de la contextura se colige, retento eodem themate entre las mismas personss declaradas, a quien conforme a derecho, y a la permission que tuuo, pudo y deuio llamar, prefiriendo a los varones, o hembras, o a los hijos segundos, o primogenitos, haziendo mayorazgo regular, o de agnacion, o nuda masculinidad, excluyendo, o dexando de admitir a los Clerigos, o Religiosos, aunque de mejor grado, o linea, mientras huuiesse otros descendientes, ita D. Paz, de tenuta, tom. 2. cap. 59. n. 11. & seqq. D. Castil. tom. 6. c. 160. à num. 17. Azeued. in l. 11. Taur. quę est 27. tit. 6. libr. 5. Recop. à num. 43. vbi ait, præcise esse seruandum ordinem, l. 27. vt filij naturales in defectum legitimorum vocentur: non vero para que con solas aquellas palabras: *Y a falta dellos en otra persona*, quisiesse el Principe no declarandolo, subuertir la disposicion de la ley del Reyno hecha con tanto acuerdo por el bien publico, vt in l. si quando, in princip. C. de inofficios. testam. vers. *Neque enim credendum est*.

101 ¶ Y atendiendo a esto, paulò inferius en la facultad tratando de los demas hijos y descendientes del instituydor, se prosigue: *Con tanto que fuesse obligado a dexar alimentos a los demas sus hijos e hijas legitimos que tenia, e tuuiesse en quien no sucediesse el dicho mayorazgo*: como declarando que estas y no otras eran las personas mencionadas arriba, en defecto de los descendientes de Gonçalo Mesia, ibi: *Y a falta dellos en otra persona*, a quien tratò de remediar, y q̃ se les diessen alimentos mientras llegaua el caso de su llamamiẽto, y no sucedian: con que parece se glossò y diò a entender la voluntad del Principe, cum nulla melior glosa, seu interpretatio reperiri posit, quam quæ ex illius verbis, ac sensu colligitur, l. ex facto, in princip ff. de vulgari, l. si quis intentione, ff. de iudicijs, l. hæredes palam, §. si quis post, ff. de testament. Paul. Paris. libr. 2. cons. 14 num. 24. ibi: *Quia nulla potest esse certior interpretatio, quam quæ per eundem disponentem sit*. Mantica, de coniect. lib. 3. tit. 1. Tiberius Decianus, responso 7. à num. 100. volum. 1. Mier. de maioratib. 1. part. quæst. 44. à num. 11. & cum pluribus quos refert Dom. Castill. lib. 3. cap. 10. num. 25. Garcia de nobilit. in initio, numer. 5. Cardinalis Tuschus, conclus. 43. *Glosis quando standum sit*, num. 44.

ARTICVLO SEGVNDO.

102 ¶ Casi todas las consideraciones que auemos hecho en el

el primer articulo, ponderando el derecho, y llamamientos de don Diego Mesia, son fundamentos que excluyen la pretension de don Pedro Mesia de Chaues, principalmente suponiendo como deue suponerse, que la tenuta que se le concedio en el Consejo del mayorazgo sobre que se litiga, no le dà mas prerrogatiua para vencer en este pleyto, que si no se le huuiera dado; de tal manera, que ni transfunde la carga de prouar a don Diego Mesia, ni de aquella determinacion resulta en su fauor presuncion de q̃ tenga mas, o menos justicia en la propriedad de que se trata: porque en quanto a ella quedaron ilesas las pretensiones de las partes, considerandose ambos como actores y reos; vt latissimè resoluit D. Paz, de tenut. 2. tom. c. 69. per tot.

103 ¶ Y segun esto, obligacion precisa, y carga de prouar le incumbe a don Pedro Mesia de Chaues, de que el instituydor quiso y pudo llamarlo a la sucession deste mayorazgo antes que a don Diego Mesia, y en competencia suya, cum constitutum sit in iure ad quemlibet humanum actum, eiusque firmitatem, & valorem, duo simul copulatiuè requiri, potestatem, scilicet & voluntatem, l. cum te, C. de donat. ante nuptias, cap. cum super Abbatia, de officio delegati, Mandell. Albense, cons. 26 num. 1. Iason, in l. exigendi, num. 9. C. de procuratoribus, Molina, lib. 2. cap. 2. num. 11. Francisc. Mantica, de coniecturis, lib. 3. tit. 3. per totum, Simon de Præris, lib. 5. solution. 1. ex num. 59. cum multis sequẽtibus, fol. 4+2. Burgos de Paz, in l. 5. Taur. num. 1442. Peregrin. de fideicommiss. art. 11. num. 11. & 77. Purpurat. in l. more maiorum, num. 45. & 102. ff. de iurisdiction. omnium iudic. Alciato, in l. commodissimè, num. 14. ff. de liberis & posthum.

104 ¶ Y que no pudiesse llamarlo excluyendo a don Diego Mesia, se manifiesta, ex his quæ diximus sup. num. 86. cum seqq. vbi cum pluribus resoluimus, que quando la facultad Real en virtud de la qual se instituye mayorazgo, no deroga expressamẽte a la ley 27 de Toro, o a lo menos dà permission expressa para llamar libremente a la sucession las personas que el instituydor quisiere, no puede pretermitir a los hijos, o descendientes, etiam naturales, por los transuersales, o estraños, ni aun por los ascendientes. Y mucho menos quando el transuersal que trata de excluyr al descendiente, es natural ansimismo, o que proviene de natural, ad tradita per Dom. Castellum, cap. 175 nu. 4. o de bastardos, como se alegò, y articulò en el pleyto de estupro por doña Maria de Molina, madre de don Pedro, diziendo que descendia de ellos Alonso Mesia con quien litigaua, memorial, numer. 533.

105 ¶ Y que le faltasse voluntad al instituydor de que don Pedro Mesia sucediesse en este mayorazgo, excluyendo a don

 Diego,

Diego, y en competencia suya se manifiesta assimismo, porque la eleccion, o derecho de elegir que concedio al vltimo posseedor, no fue absoluta, sino limitada, restringiendole la facultad a que nombrasse personas que fuessen de su generacion, en que solamente se cõprehenden descendientes del instituydor, y no trãsuersales, vt ex quam pluribus resoluit Cardinalis Tuschus per integras conclusiones, 38. & 39. verbo, *genus & generatio*, Vincenti. Fusario, quæst. 329. per totam, in tractar. de substitutionib. Dom. don Ioan del Castill. cap 93. tom. 5. §. 18. num. 3. & sequentibus, Gabriel Pereyr. de Castro, decis. 8. num. 3 immò etiam vocatis agnatis, non censentur vocati transuersales, nisi in defectum descendentium, vt comprobat cum alijs Fusarius, quæstion. 362. per totam.

106 ¶ Et præterea, porque excluyò expressamente a los legitimados por el Principe, y es hecho cierto que Diego Messia, de quien don Pedro Messia de Chaues pretende que desciende, fue entre hermano natural solamente, no legitimo de el instituydor, como consta de las legitimaciones de ambos, mem. nu. 455. & 456. en que se haze relacion que Diego Messia, abuelo de don Pedro, fue hijo de Catalina de Prado, y Pedro Messia, instituydor, de Francisco Rodriguez. Vnde caso negado que el lo fuesse por su persona; le obsta el mismo y mayor defecto que opone a don Diego Messia, de ser descendiente de persona, que si viuiera no pudiera suceder aunque tuuiera nombramiento del vltimo posseedor, por estar excluydo en la substitucion los legitimados, por rescripto, o dispensacion Real, o en otra qualquier manera: y en concurso de opositores de ygual calidad, es indubitable, y mejor sin controuersia alguna el derecho de don Diego, que desciende del instituydor, y de Iuan Nuñez su nieto natural, estimado, y reconocido por tal que el de don Pedro Messia de Chaues, cuyo abuelo fue hermano ex vno latere tantum del instituydor, y q̃ por serlo aun en competencia de hermanos ex vtroque latere, o de sus hijos, no huuiera tenido derecho para sucederle, vt in authen. cessante, & auth. post fratres, la 1. C. de legitimis hæredibus, Zauallos, 3. part. quæst. 779. num. 32. Y mas siendo entre hermano natural (o bastardo, como es lo mas cierto) duplici illegitimitate, propria, scilicet, & institutoris maioratus, pues ambos lo erã: sin que sea de consideracion dezir que estaua ya legitimado quãdo le fundò el mayorazgo, pues no por esso se le auia adquirido derecho alguno para mas de lo que quisiesse dexarle, y antes por auer tenido noticia el instituydor que estaua legitimado, fue visto que atendiendo especificamente a excluyrlo, y en consideracion suya puso la exclusion general, que ningun legitimado pudiesse suceder por palabras que ygual y aun mas propriamente conuie

nen

nen a los ya legitimados, que a los que despues se legitimassen: de que resulta la poca afeccion que tienen las leyes, y la que se presume tienen los instituydores a semejantes parentescos, etiã quãdo son legitimos, y en concurso de otros transuersales.

107 ¶ Vnde mucho menos considerable serà en competencia de descendientes del instituydor en quien se halla quodammodo perpetuada su persona per subrogationem, conseruada su nobleza y sangre; por quien assiste su voluntad conjecturada, de que quiso preferirlos etiam a qualquier substituto, vt in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. vbi rationem tradit Imperator: *Ne videatur testator alienas successiones proprijs anteponere*: l. Lucius Titius qui fratrem, vers. *Liberos*, ff. de hæredib. instituend. ibi: *Non enim fratrem solum prætulit, sed eius liberos*. Garcia, de nobilit. gl. 18 1. n. 29 Cephal. cons. 293 n. 13. lib. 2.

108 ¶ Y si replicare don Pedro Messia, que en el primero mayorazgo que fundaron Pedro Messia y doña Aldonça de Sandoual su muger, despues de sus descendientes legitimos llamaron a la sucession de aquel mayorazgo a Diego Messia su abuelo: y q̃ de alli puede induzirse conjectura de voluntad para el modo de suceder, que quisieron se obseruasse en este: cum ex antecedentibus, & subsequentibus colligatur voluntas, & vna pars scripturæ declaretur ex alia: iuxta vulgaria iura, in l. qui filiabus, in princi. l. si seruus plurium, §. vltim. ff. de leg. 1. l. cum pater, §. cum imperfecta, de leg 2. l. item quia, §. vltim. ff. de pact. cum similib.

109 ¶ Respondemos, que esta resolucion procede quando en la misma escritura en vna de sus clausulas, o capitulos se haze llamamiento, o requiere alguna calidad, para que en otras partes de la institucion se entienda repetida. Nos vero sumus in casu dissimili, porque la fundacion del primero mayorazgo que instituyeron Pedro Messia, y doña Aldonça de Sandoual, se hizo mucho antes que esta con diferentes y contrarios llamamientos, y facultad, y de otros bienes, sin excluyr expressamente los hijos legitimados: y assi lo que alli se dispuso, como caso separado de el que se trata, no haze ilacion para este; argument. text. in l. Papinianus exuli, ff. de minorib. & tradunt in terminis Mier. 1. part. quæst 3 num. 54. & 58. Marius Muta, decis. 65. num. 32. & 33. D. Castill lib. 5. tom. 6 cap. 148 num. 40. Casanate, cons. 48. num. 5. Y antes si su intento fuera que Diego Messia y sus descendientes sucedieran, como lo declarò en el primero mayorazgo, lo declarara en este, & cum non dixerit, voluisse, non præsumitur, l. vnic. §. sin autem ad deficientis, C. de caducis tollend. l. cum auus, ff. de condition. & demonstr. facit lex tabernam, ff. de fundo instruc. l. si quis ita substituerit, ff. de vulgar. cap ad Audientiam, de decimis, c. inter corporalia, de translation. Episcopi, Deci. cons 63. nu. 8.

nu.8.Rubeus,conſ.2.num.4.Socin.iun.conſ.3.num.18.lib.3.Mãtica,de coniect.lib.10.tit.9.num.9.Ludouil.decis.433.n.4.verſic. *Neque poteſt ab iſta ſubſtitutione.*

110 ¶ Mayormente ſi ſe atiende, a que como conſta de las prouanças que ſe refieren en el mem.fol.6. buelta, inſtituyò eſte ſegundo mayorazgo Pedro Meſsia, en odio de auerſe caſado doña Aldonça Meſsia ſu nieta, hija de Pedro Meſsia ſu hijo ſegundo la de la caſa 13. con Iuan Nuñez de Prado, el de la caſa 4. hijo mayor de Diego Meſsia, entre hermano natural de el inſtituydor, de quien pretende ſer nieto don Pedro Meſsia que litiga, ſin querer llamarla a eſte mayorazgo, aunque hizo mencion della.

111 ¶ De que ſe infiere el odio que tuuo entonces a los deſcendientes de Diego Meſsia ſu hermano, ex vno latere, y a ſu linea y deſcendientes, vnde in generali, electiua diſpoſitione, tanquam odioſè, & inimici teſtatoris non comprehenduntur, vt ex textu, in l. Lucius Titius 90. §. Lucius Ticius dãmam, ff. de leg. 2. tradunt DD quos in electione, ſeu nominatione ſucceſſoris loquens, refert Pereyra, de nominatione, quæſt. 19. num. 30. Burg. de Paz, conſ. 27. num. 26. vbi quod teſtantium diſpoſitiones non ſunt interpretandæ in fauorem odioſi, Burgos de Paz iunior, hoc ipſum tradens in electione maioratuum, quæſt.3.num. 29. 34 & ſeqq. Pelaez de Mier. 1 part. quæſt 48.num.104.& ſeqq. maximè num. 121. latè Petrus Surd.deciſ.41. per totam, Marco Antonio Genuenſ.practicabilium Eccleſiaſticorum, quæſt 86. n.1. & quod ob inimicitiam ſuperuenientem vocationes iam factæ ad maioratum reuocatæ cenſeantur, tradit plura congerens D. Lara, de Capellan cap.10.num.21. & 22.

112 ¶ Ni es conforme a razon que auiendo heredado el inſtituydor parte de los bienes que vinculò en eſte ſegundo mayorazgo de Diego Meſsia ſu hijo legitimo, en que ſe auia entrado, perteneciendo por derecho la ſexta parte dellos a Iuan Nuñez ſu nieto, abuelo de don Diego, ex traditis á Garcia, de nobili gl. 20 num. 25. Y ſiendo veroſimil que heredaria los demas de ſu madre, cuyo heredero neceſſario fue, iuxt. legem 9. Taur y no de Iuã Nuñez de Prado el viejo ſu padre, que vinculò todos los bienes que tenia fundado vn mayorazgo tan rico como el de los Coruos, que vale diez mil ducados de renta, en fauor de Diego Meſſia, el de la caſa ſegunda, a quien no pudieron pertenecer eſtos, por ſer hijo de diferente madre, auia de querer quitarlos a ſus deſcendientes, que de ordinario tienen tanta afeccion a retener y cõſeruar los que fueron de ſus mayores, vt in l. lex quæ tutores, verſ. *Neque ergò domum vendere liceat*, C. de adminiſtrat tutor. porque ſucedieſſe Diego Meſsia, que de parte de ſu madre era eſtraño del fundador, y por la de padre, aunque hermano ex illo latere

lo

lo era natural, ò como es lo mas cierto baſtardo: a quien ſi legitimò el Principe, no le añadio calidad con eſto, para que ſe habilitaſſe mas a la ſuceſsion, pues como conſta de la fundació igualmente, eſtan excluydos por ella los legitimados por reſcripto de el Principe, que los demas ilegitimos y naturales: immò etiam lo eſtan los legitimados por ſubſiguiente matrimonio: ſin que obſte a nueſtra pretenſion el nombramiento que por el año paſſado de 622. hizo el vltimo poſſeedor en don Pedro Meſsia de Chaues, porque demas de que quando la hizo eſtaua ya oluidado de la voluntad que ſupo y entendio del inſtituydor, ob tranſcurſum longiſsimi temporis, cum etiam ex decennio ob liuio præſumatur, Menochio, de arbitrarijs, caſu 26. num. 1. cum ſequentibus, & caſu 308. num 7 Garcia, de nobilitat. gloſ. 12. num. 29. Auendan. cap. 2. Prætorum, num 25. y muy viejo y decrepito, a cuya cauſa reiterò deſde aquel año, haſta que murio tantos nombramiẽtos, ſcilicet en D. Maria de Morales ſu muger, en dõ Pedro Meſsia, y otros eſtraños algunos de la familia: eſta elecció no fue legitima, por auerlo ſido la primera hecha en D. Maria de Prado, y ſus deſcendientes, con el pacto de no reuocar, y las demas clauſulas que por los fundamentos ponderados en el primero articulo, la conſtituyerõ irreuocable y firme, como hecha en deſcendiente de el inſtituydor.

114 ¶ Y ſupueſto que con auer requerido por forma q̃ los nombrados fueſſen de ſu generacion, llamò a ſus deſcendientes, no tuuo poteſtad el elector para nombrar a tranſuerſales y eſtraños, y la eleccion hecha en ellos contiene nulidad manifieſta, argumento legis vnde ſi neruæ arbitrium, ff. pro ſocio, l. cum pater. 79. §. hæreditatem, ff. de leg. 2. ibi: *Cum de alijs eligendi poteſtas non fuerint*. Domin. Paz, de tenuta, cap. 34. num. 123. y ſin hazer conſideracion della como menos legitima, ſe ha de declarar que pertenece la ſuceſsion a don Diego Meſsia, a quien el inſtituydor, y la ley difieren, vt in ſimili arguit Pereyr. de Caſtro, deciſ. 8. nu. 8. dicens: *Eum qui nominari debebat, poſſe agere abſque nominatione*. & conducunt tradita per Vincentium Fuſarium, quæſt. 504. nu. 7. Ioann. Garcia, de nobilit. gloſ. 1. §. 1. num. 29. verſic. *Ex qua ratione*, ibi: *Eum debeat nominare, quem lex ſucceſſorem faciat, ſcilicet legitimum hæredem iuxta gradus deinde ſexus poſtea ætatis prærrogatiuam*. Et iterum ibi: *Sed tamen eum cui à lege ſucceſsio delata ſit, alius peſsimè eliget, & reuocabitur electio*. Et fere in terminis tradunt Socinus, conſ. 251. num. 1. verſ. *Ex quibus vltimo loco infero*. Nicolaus Boer. deciſ. 202. num. 2. D. Franciſco Geronimo de Leon, deciſ. 24. n. 18. Seſe, deciſ. 237. num. 21. 72. & 73. Dom. Præſes don Iuan Valençuela Velazquez, conſ. 53. num. 35. qui affirmant non poſſe eligi tranſuerſales interim dum ſuperſunt deſcendentes.

115 ¶ De que se infiere, que no solamente faltan a don Pedro Messia la voluntad y potestad del instituydor para suceder en este mayorazgo: verumetiam la del posseedor, a quien dio facultad para elegir que sucediesse en el, vt circa non potestatem, & eius defectum deprehenditur, ex dictis in numeris præcedentibus. Y que le faltasse assimismo voluntad del vltimo posseedor que lo eligio consta.

Persona

116 ¶ Tum, porque la escritura de eleccion otorgada por el año passado de 585. en fauor de doña Maria Messia, muger de don Pedro de Mendoza, y de sus hijos, tiene clausula de no reuocar, ni nombrar otra persona a la sucession, obligandose el elector a la firmeza, y renunciando el derecho, y facultad de poder variar, anulando desde luego el nombramiento que en contrario hiziesse, añadiendo que por el mismo caso fuesse visto hazerlo de nueuo en la dicha doña Maria, y sus hijos, y los demas nombrados. Y supuesto que en la eleccion de que se vale don Pedro Messia, no hizo mencion desta clausula, ni de la calidad y condicion con que estaua otorgada la de doña Maria Messia, no fue visto querer reuocarla: vt tradunt Accurs. in l. si mihi tibi 12. §. in legatis, verbo, non valebit, Mantica, lib. 12. de coniect. tit 8. à nu. 10. Iul. Clar. lib. 3. recept. §. testamentum, quæst. 99. num 5. Castrēs. cons. 182 column. 3. volum 1. argument. legis si quis in princip. 22. ff. de leg. & fideicomm. 3. quo casu limitatur dispositio textus, in §. posteriore, instit quibus modis test. infirmentur, Tusch. conclus. 152. num 95 & 96. verbo, *testamentum*, Gregor. in l. 22. tit. 1. part 6. verbo, *señaladamente*, videndus Couarr. in rubric. de testamentis, 2. part. num. 19. vers. *Quartum ex his constat*; Simon de Prætis, lib. 4. interpretation. 3. dubita 2 num. 71 Menoch. lib. 4. præsumpt. 166 num. 59 Gutierr. in l. nemo potest, num. 161. & seqq. ff de leg. 1. Didacus Perez, in l. 1. vers. *Quod autem primum testamentum*, pag 109. tit. 2. lib. 5. ordinament Zeuall. quæst. 211. Additiones ad Molin. lib. 4. cap. 2 num. 78. & 79 in fin & cap 3. eodem lib. à num. 29 vsque ad 36. Gratian. cap. 48. à num. 21. Farinacio, decis. 642 num. 9. nouis. Rottæ, Dom. D. Ioan. del Castill. lib. 4. cap. 53. num. 33. Baldo, in l. sancimus, C. de testament. Guido Pap. quæst. 127. num. 2. Natt. cons. 639. num 3. Anton. Faber, decade 37. errore 7 & in C Fabriano, lib. 6. tit. 5. definition. 9. & 13. & definition. 25. Marta, de clausul. part. 2 claus. 151 & part. 4 claus. 14. Menoch præsumpt. 166. lib. 4 Mascard. conclus. 1288. num. 40. & 42. qui omnes loquentes plures in donationib. & in priuilegijs resoluunt ad minus necessariam esse generalem derogationem cuiuscumque clausulæ derogatoriæ in priori actu appositæ; como tambien es necessaria, respecto del juramento que interuino en la primera eleccion, ex traditis à Fabro, dict. libr. 6. tit. 5.

tit.5.definit.11.& 15.Pereira de Castro,decis.82.numer.2. Mier.part.1.q.3.n.104.& seqq. præcipuè aduersus homagiũ in ea contentum,cuius contrauentio pudorem sugillat, vnde nec præsumitur,nec permittitur vt in l. sed si hac lege, §. sin autem,ff. de in ius vocando, y solamente tratò de satisfazer a los ruegos e importunidad,con que le instaron don Alonso, y don Pedro Messia, para que los nombrasse, lleuandolo a la villa del Almendralejo,que està distante de la ciudad de Merida quatro leguas, adonde en su misma casa de don Pedro, q̃ es alli vezino, se otorgò la escritura: circunstancia que basta para que se presuma dolosa, y otorgada sin voluntad, Montelacueua,decis.45 in responso pro vxore, part.n 26 & 27.ibi: *Et quod peius est in domo eius,de cuius agitur vtilitate.* Tiberius Decianus, respons. 32. num.15 ibi: *Quia studiose conducta fuit à loco origini, suæ,videlicit ab oppido Mestræ in domum donatarij, vel fratris, vt hanc donationem captaret.* Beroius, cons. 59.per totum, vol. 1. Marcard.1.tom.conclus. 32 num.44.Paris.cõs 57.n.39.vol. 4.Faber vbi supr.defin.13.

117 ¶ Tum etiam,porque la causa final que expressò el vltimo posseedor,en la eleccion que hizo en fauor de don Pedro Messia,fue dezir,que la facultad de elegir le estaua conferida para el tiempo de la muerte: y constando como consta, ex iam dictis, & inferius dicendis, que esta causa fue falsa, deue cessar la disposicion que se fũdò en ella: vt in l.fin. ff.de hæred. instit. vbi notant DD.

118 ¶ Præcipuè, auiendola reuocado expressamẽte Pedro Messia en el vltimo nombramiento que hizo en fauor de D. Maria de Morales su muger,ad tradita per DD.in l.pacta nouissima 12. C. de pactis cum similibus.

119 ¶ Vnde, quãdo quisiessemos conceder, aduersus ea quæ in primo articulo comprobauimus,que la eleccion hecha en doña Maria Messia muger de don Pedro de Mendoza, y en sus hijos fue reuocable, por los mismos fundamentos serà preciso que reconozca don Pedro Messia q̃ lo quedò el nombramiento hecho en su persona, y estando ambos reuocados y no deuiendo por esta causa hazerse consideracion de ninguno,seria indubitablemente mejor la justicia de don Diego y su prelacion, como descendiente del istituydor de mejor linea, grado de sucessiõ,y cercania al vltimo posseedor: cui deficiẽti electione, siue nullitate ipsius interueniente leges deferunt, successione in tanquam ius primogenituræ,optinenti,iuxta ea quæ tradunt Dom. Greg. Lopez, in l. 2. tit. 15. part. 2. glos. Esto vsaron Dom. Molin.lib.2.cap.4.num.42. Mier. 1 part. quæst.48 num.41.85.& 86. Molin. Iesuit.de iustit. & iur. 3.

tom.disp. 593.n.6.D.Castil.lib.4.c.36.n.6.Surd.cons. 369. n.12. Raudens.de annalog.in appendice,p.1.n.137.Molfesius in cõmentar.ad consuet. Neapolit.3.p.q.11. ànu.6. Peralta, in l.vnum ex familia,§.sed etsi fundum,n.19.de leg. 2. Pereyr. decis.8.n.1.

120 ¶ Præcipuè siendo don Diego Messia Cauallero tã principal,por serlo tan notorio y calificado D. Pedro de Mẽdoza y Sandoual su padre,como lo deponen treinta testigos de la 12. pregunta,mem.f 27. al fin, descendiente por varonia legitima de Tomas de Ocampo, Comendador de la villa de Alcuezca,y de Pedro Rodriguez Zãbrano, Cauallero de la Orden de Santiago,y Alcayde de la fortaleza de Merida, de cuya capellania q̃ dexò fundada es oy posseedor D.Pedro, como su descendiente legitimo,y de D.Pedro Ruiz de Sandoual,Comendador q̃ fue de Merida, hermano del Adelantado mayor de Castilla,y señor de Lerma,linage nobilissimo, de adonde descienden los Sãdouales de Merida, como lo afirman Bernabe Moreno de Vargas en la historia q̃ hizo de aquella ciudad,lib.4.c.16.f.240 & lib.3.c.20.dela historia de Merida,f.250.hablando de Diego de Ocãpo de Figueroa,hermano de D.Pedro de Mendoza. Y desciende assimismo de Alõso de Mendoza,hijo segundo legitimo de la casa del Infantado. Y la misma calidad tuuieron D. Teresa de Coto , abuela de D.Diego,y Francisca de la Camara,madre de Iuan Nuñez de Prado su abuelo,contra cuya calidad y honestidad no se ha articulado,ni depuso testigo alguno,antes todos los presentados por don Pedro de Mendoza,y don Diego su hijo,y entre ellos el Conde de la Roca,y D.Fr. Fernando de Vera, Arçobispo del Cuzco,don Fernando de Vera y Monroy. Y otros muchos afirman, que por auer sido tan principal, aunq̃ Iuan Nuñez de Prado su abuelo tenia otros entre hermanos naturales,de ninguno se hazia la estimacion que del entre los Caualleros de Merida,y en todos los lugares circunuezinos eran hijos de vn mismo padre, dando por razon la diferencia que auia entre las madres. De que se infiere,que no solamente es capaz don Diego de poder tener Abitos, de que los naturales y legitimados son capazes : verum etiam de las mayores honras,y dignidades que acostumbran tener los hombres nobles, para que en su persona se conserue la familia, lustre, y autoridad del instituydor,en q̃ por ser hecho tan notorio no ha puesto, ni pudiera poner duda don Pedro Messia, antes ha reconocido la buena fee. Quæ omnia sint dicta. Salva,&c.

El Lic. Pedro Calvo Ossorio.